



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 5ª REGIÃO**

**Exmos. Srs. Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal
Regional Federal da 5ª Região**

Processo: 0002126-27.2012.4.05.0000 (AGTR 122765-CE)

Agravante: INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS
EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

Agravado: IAGO TÉCIO DA SILVA DE SOUSA (incapaz)

Relator: Des. Fed. FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS – Segunda Turma

PARECER N.º 1029/2012

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENEM/2011. ACESSO À PROVA DE REDAÇÃO E AOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA PELA EXISTÊNCIA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR (AQUI LANÇADA) DE PERDA DE OBJETO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PERTINÊNCIA. MÉRITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DE ACESSO PELO CANDIDATO ÀS PROVAS REALIZADAS E AOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO, COM POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE E AMPLA DEFESA (ART. 37, DA CF/88).

1 – Preliminarmente: não obstante a assinatura e a homologação do acordo com o qual o INEP se obrigou a adotar as providências cabíveis para garantir o direito de vista das provas nas edições posteriores do ENEM, a partir mesmo do corrente ano de 2012, não se pode perder de vista que isso se deu no bojo de uma ação civil pública específica intentada pelo *Parquet* Federal, o que significa dizer que não há como causar reflexo ou confundir com qualquer outra iniciativa, a exemplo da presente, enquanto proposta em pleito individual ajuizado pelo ora agravado.

2 - Ademais, aplica-se à hipótese presente a regra do art. 104, “primeira parte”, do CDC, no sentido de que as ações coletivas não induzem litispendência em relação às ações individuais, bem como a “última parte” do referido dispositivo, uma vez que não se faz nos autos nenhuma menção à hipótese do autor individual ter condicionado o destino de sua ação àquela solução adotada na ação coletiva ajuizada pelo *Parquet* (a qual só terá reflexos a partir do ENEM a ser realizado em 2012).

3 – Ainda em preliminar (desta feita aqui lançada), observa-se que ocorreu, *in casu*, a perda do objeto do agravo, carecedor que se encontra o recorrente de interesse de agir em face de um fato irreversível, pois, para dizer o óbvio, se o autor da ação já teve acesso à prova ou se já a viu ou se dela recorreu, não há decisão que faça impedir, agora, no presente, aquilo que já se perdeu no túnel do tempo, pela própria inexorabilidade do passado.

4 – Mérito: o edital de concurso público – como deve ser tratado o ENEM a partir do momento em que ele é utilizado como critério de seleção para ingresso no ensino superior, como na presente hipótese - é instrumento criado com o fito de garantir a efetividade de princípios constitucionais, eis que a Administração, ao publicá-lo, determina, entre outros, os critérios de correção do exame, ou seja, a forma através da qual ela julgará os candidatos, com o que limita a possibilidade de análise subjetiva por parte dos examinadores. Se, através do edital, o Poder Público busca atender aos princípios que regem sua atividade administrativa, não pode ele mesmo desobedecer àquele instrumento, sob pena de violar os caros princípios que objetivava cumprir.

5 - Ao admitir a realização de um exame – cuja nota, frise-se, pode ser utilizada como critério de seleção para ingresso em instituições de ensino superior, como é o caso do agravado - sem previsão editalícia acerca da possibilidade de os candidatos terem vista às provas, critérios de correção e possibilidade de interposição de recurso, terminou o agravante por violar os princípios insertos no art. 37 da Constituição, mormente o da publicidade e o da ampla defesa, conforme fatos precedentes jurisprudenciais.

6 - Conclusão: invocação da preliminar de perda de objeto diante da falta de interesse recursal, ainda que afastada, de logo, a preliminar de coisa julgada alegada pelo agravante, sem prejuízo, de qualquer forma, do improvimento do recurso, nos moldes aqui cogitados.

Ilustre Relator,

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de tutela antecipada, do qual se vale o INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS ANÍSIO TEIXEIRA para desafiar decisão da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (fls. 36/40), que, nos autos de Ação Ordinária (Processo nº 0001047-60.2012.4.05.8100) que ali tramita, concedeu, em favor de IAGO TÉRCIO DA SILVA DE SOUSA, a medida de urgência requestada no sentido de lhe ser disponibilizado o espelho da sua prova de redação do ENEM, edição 2011, e o modelo padrão de respostas utilizado na correção daí advinda, bem como a abertura de prazo para interposição de recurso, assim delimitado em 48 hs., a contar da entrega do material.

Em suas razões recursais (fls. 02/24), insurge-se o agravante contra a liminar que garantiu ao agravado o acesso à sua prova do ENEM de 2011 e assegurou à parte ora recorrida o direito de recurso, alegando, em relação àquela primeira parte da decisão, que: a) não há previsão no Edital do Exame Nacional do Ensino Médio de 2011 acerca da garantia para os participantes de vista do conteúdo das provas, devendo prevalecer o princípio da vinculação ao edital, o qual obriga o participante a obedecer as disposições ali previstas; b) os critérios de correção da prova do ENEM estão objetiva e expressamente previstos no edital que rege o Exame, além do fato de que *“o aluno, ao fazer o Enem, diferentemente do que ocorre em um concurso público, não é considerado aprovado ou reprovado (...)”* (fls. 09), tratando-se o resultado de mera informação científica, sem que ocorra divulgação de resultados individuais; c) o ENEM não é um procedimento administrativo de natureza contenciosa, razão pela qual não há de se cogitar a ocorrência de violação ao contraditório e à ampla defesa, já que a relação entre o INEP e o participante seria participativa, e não litigiosa.

Por outro lado, quanto ao direito a recurso em face dos resultados obtidos com as provas do ENEM, conforme ainda assegurado na mesma decisão agravada, defende o agravante a ausência igualmente de previsão editalícia acerca dessa possibilidade, além do fato de que o critério de dupla ou tripla correção utilizado pelo INEP na apreciação das redações do Exame já atenderia ao princípio do duplo grau, em tudo garantindo-se uma maior precisão na análise das provas.

Não bastasse isso, alegou o agravante a impossibilidade de o Judiciário intervir nos critérios de avaliação das bancas examinadoras. Ressaltou, ainda, que o Ministério Público Federal e o INEP firmaram um Compromisso de Ajustamento de Conduta, já devidamente homologado pelo Judiciário nos autos do Processo nº: 0037994-96.2011.4.01.3400 desde 10/10/2011, no qual ficou estabelecido que o INEP garantiria vista das provas do ENEM e disponibilizaria prazo para recurso voluntários dos participantes a partir do exame a ser realizado no ano de 2012, no que o pleito individual do ora agravado seria mera repetição de discussão já enfrentada na ação civil pública ali exaurida, em termos de homologação do aludido ajustamento de conduta, formando, com isso, a coisa julgada.

Por fim, pediu o agravante a concessão de efeito suspensivo ao recurso, entendendo estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando ainda o efeito multiplicador que a decisão agravada pode gerar “*ante a evidente possibilidade de repetição de feitos idênticos, posto o alto índice de participantes do ENEM/2011 que não alcançou resultado satisfatório que permita almejar uma das vagas no concorrido processo seletivo do SISU e/ou PROUNI.*” (fls. 24).

Sem apreciação de liminar, houve por bem determinar essa douta Relatoria a intimação da parte agravada, para efeito do exercício do contraditório, sem prejuízo da posterior remessa dos autos a este órgão ministerial, a título de “*custos legis*” (cf. fls. 65), o que assim foi feito, não sem antes fazer constar uma certidão da divisão judiciária do órgão turmário, às fls. 66, onde dá conta da publicação do dito despacho. Vindo os autos a esta Procuradoria Regional da República da 5ª Região, foi juntada promoção (fls. 68/69), na qual se pugnou pela intimação pessoal de representante da Defensoria Pública da União, que defende a parte agravada, pois tal órgão detém prerrogativa de intimação pessoal e prazo em dobro para recorrer.

Devidamente intimada a DPU (cf. fls. 69-verso), apresentou as contrarrazões ao presente agravo de instrumento, rechaçando à inteireza os argumentos trazidos pelo agravante.

É com esse cenário que os autos aportam, novamente, nesta PRR/5ª Região, cujo despacho de encaminhamento, às fls. 65, é um forte indicativo de que essa douta Relatoria abdicou da análise do pedido liminar em favor de sua apreciação, em conjunto, no próprio julgamento do agravo pelo órgão turmário.

Sendo esse o cenário, passo a OPINAR.

Começo por dizer que, à parte da lógica da peça recursal, é preferível se antecipar a qualquer discussão de mérito para afastar, de logo, a preliminar de coisa julgada ou qualquer outro óbice que se entenda advindo da homologação do Termo de Ajustamento de Conduta entre o MPF e o INEP, uma vez considerada a nova edição do ENEM para o corrente ano.

Não obstante a assinatura e a homologação do acordo com o qual o INEP se obrigou a adotar as providências cabíveis para garantir o direito de vista das provas nas edições posteriores do ENEM, a partir mesmo do corrente ano de 2012, é sempre bom observar que isso se deu no bojo de uma ação civil pública específica intentada pelo *Parquet* Federal, o que significa dizer que não há como causar reflexo ou confundir com qualquer outra iniciativa, a exemplo da presente, enquanto proposta em pleito individual ajuizado pelo ora agravado. Aliás, dada a constante simbiose entre as leis da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a do consumidor (Lei nº 8.078/90), conforme não nos deixam mentir os arts. 21 e 90 dos respectivos diplomas legais, não é de hoje que se aplica a regra do art. 104, “primeira parte”, do CDC, no sentido de que as ações coletivas não induzem litispendência em relação às ações individuais, disposição essa que se impõe ainda que uma ou outra delas seja palco da cultura do acordo, como foi o caso naquela ação civil pública intentada pelo órgão ministerial.

De resto, não é preciso ressaltar tamanha obviedade relacionada ao fato do TAC firmado entre o MPF e o INEP apenas ter aplicação no ENEM a ser realizado em 2012, enquanto o presente pleito refere-se ao exame já realizado no ano de 2011, ou seja, a questão está ainda em aberto, pelo menos em relação às pendências ali não alcançadas, e, para completar, não se faz nos autos nenhuma menção à hipótese do autor individual ter condicionado o destino de sua ação àquela solução adotada na ação coletiva ajuizada pelo *Parquet*, nos termos do art. 104, “última parte”, do CDC, o que mais uma vez não lhe retira a possibilidade de ajuizar, individualmente, um pleito com o mesmo fim.

De toda a forma, ainda no campo das preliminares, questiono o próprio interesse de agir do recorrente, ao se valer da via do agravo de instrumento, a esta altura, considerando-se a forma, não como pedida a liminar na inicial (que era mais ampla, para alcançar até mesmo a retificação da nota do autor da ação, com se vê no item “2”, letra “a”, às fls. 32/v.), e sim como foi concedida, no sentido de unicamente proporcionar o acesso à prova de redação e o conhecimento dos critérios de sua correção, com a consequente possibilidade de recorrer (cf. às fls. 40), o que não significa dizer que haveria acolhimento do próprio recurso.

Penso que nesses casos, a exemplo dos presentes autos, em que a realização material da decisão antecipada esgota a própria discussão da questão recursal, não tem sentido insistir no julgamento de um recurso cujo provimento não teria mais o poder de reverter uma situação satisfativa que vai além do mundo do direito, pois a ninguém é dado imaginar a possibilidade de devolver ao INEP o acesso à prova ou o direito de vista, enquanto um ou outro alcançado de forma fenomênica pelo autor da inicial, a menos que o Poder Judiciário tenha o condão de reverter um passado que nem o mais presente dos julgadores teria como recompor, em termos de *status quo ante*, tal como aconteceria, só para cogitar, caso fosse concedida uma ordem judicial de extração do ovário de uma paciente, fato esse que nem a sua derrota na ação a obrigaria a recuperar um órgão afastado definitivamente do seu corpo.

É para situação como essa que existe a perda do objeto, carecedor que se encontra o recorrente de interesse de agir em face de um fato irreversível, pois, para dizer o óbvio, se o autor da ação já teve acesso à prova ou se já a viu ou se dela recorreu, não há decisão que faça impedir, agora, no presente, aquilo que já se perdeu no túnel do tempo, pela própria inexorabilidade do passado.

Não por outro motivo assim caminha a jurisprudência, inclusive desse eg. TRF/5ª Região:

“ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - DIREITO DE PENSIONISTA DE MILITAR DA MARINHA À REALIZAÇÃO DE PARTO CESARIANA COM LAQUEADURA EM HOSPITAL DA MARINHA - FATO CONSUMADO - PERDA DE OBJETO.

(...)

2 - A realização da cesárea, com laqueadura tubária e o nascimento do filho da Impetrante podem ser considerados fato jurídico consumado, não mais passível de alteração. Por essa razão, não cabe mais cogitar acerca de reforma de sentença, não só porque inexistente fundamento jurídico a sustentá-la, como também se impõe o reconhecimento da perda de objeto da presente lide...” (TRF/2ª Região, Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança nº 73147/RJ (2007.51.01.020277-1), Rel. Frederico Gueiros. j. 01.09.2008, unânime, DJU 09.09.2008, p. 174 – negritei).

“REMESSA OBRIGATÓRIA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. ENTREGA DE DOCUMENTAÇÃO. LIMINAR SATISFATIVA. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA. PERDA DO OBJETO. REMESSA PREJUDICADA. PRECEDENTES.

(...)

2. Foi deferida liminar, determinando a entrega dos documentos requisitados, incluindo documentação relativa ao financiamento estudantil. A sentença confirmou a decisão, concedendo a segurança.

3. Havendo a concessão de medida liminar satisfativa, conclui-se que a pretensão do impetrante foi alcançada. Assim, descabe qualquer questionamento remanescente sobre a matéria. Remessa obrigatória prejudicada.” (TRF/5ª Região, REOAC nº 460912/RN (2008.84.00.008483-0), 1ª Turma, Rel. José Maria de Oliveira Lucena. j. 25.11.2010, unânime, DJe 03.12.2010 - grifei).

“SAÚDE PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMINAR. CONCESSÃO. Realização de cirurgia de correção do aneurisma da aorta abdominal intra-renal prescrita ao paciente, que já foi realizada. Perda superveniente de objeto. Teoria do fato consumado. Extinção do feito.” (CPC, art. 267, VI). (TJSP, Apelação nº 0315362-57.2009.8.26.0000, Rel. Alves Bevilacqua. j. 27.09.2011, DJe 11.10.2011 - negritei).

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO COMINATÓRIA - REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA - EXAME REALIZADO - PERDA DE OBJETO - TEORIA DO FATO CONSUMADO - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADOS. Tendo sido realizado o exame médico postulado na inicial, por força de decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela, de natureza satisfativa e caráter de definitividade no mundo dos fatos, incide a teoria do fato consumado e fica prejudicada a ação e, em consequência, prejudicados ficam também eventuais reexame necessário e recursos voluntários.” (TJMG, Apelação Cível nº 1645110-05.2009.8.13.0518, Rel. Maurício Barros. j. 05.04.2011, unânime, Publ. 29.04.2011 – destaques aqui acrescentados).

“MANDADO DE SEGURANÇA - CASSAÇÃO DE ALVARÁ PARA REALIZAÇÃO DE FESTA - LIMINAR SATISFATIVA CONCEDIDA - EVENTO REALIZADO SOB EFEITO DE LIMINAR - PERDA DE OBJETO - TEORIA DO FATO CONSUMADO - IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. Tendo sido concedida medida liminar de natureza satisfativa, em mandado de segurança, autorizando a realização do evento questionado, resta prejudicada a impetração.” (TJMG, Mandado de Segurança nº 0394095-29.2011.8.13.0000, Rel. Maurício Barros. j. 04.10.2011, unânime, Publ. 11.10.2011 – negritos não constantes no original).

O certo é que a concessão da liminar guerreada fez incidir a satisfação, *in casu*, mais do que do direito, do próprio fato, enquanto em tudo coincidente com o objeto do presente agravo, diferentemente da própria ação, que, quando menos, resiste a uma discussão residual sobre a ocorrência e o alcance da retificação da nota do exame.

Dito isto, sou pelo reconhecimento da perda do objeto, com a negativa de trânsito do presente recurso.

De qualquer forma, não sendo esse o entendimento a ser seguido por essa eg. turma julgadora, nem por isso empresto, no mérito, maior sorte ao agravante.

Quanto ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), cujo planejamento e implementação incumbe ao INEP, ora agravante, sabe-se que, se na origem consistia numa prova, realizada ao final do Ensino Médio, cujo objetivo maior era a avaliação da qualidade de ensino nacional, hoje consolida-se tal exame como um dos critérios de seleção dos alunos nas Instituições de Ensino Superior (conforme prerrogativa prevista no item 6.10.1 do Edital nº 7, de 18/05/2011, o qual estabeleceu as regras do ENEM daquele mesmo ano, ao qual foi submetido o ora agravado), sendo nítida a tendência de, no futuro, ser a única ou a principal porta de entrada dos estudantes nas universidades.

Nessa linha de pensar, tal forma de ingresso no ensino superior (a qual utiliza como principal critério de seleção justamente a nota obtida no ENEM) perde o seu sentido de convergência entre partes em comum, como pretende o recorrente assim apregoar, a julgar do foco de tensão criado pela importância que se empresta a tal avaliação, tanto é assim que programas do tipo PROUNI (Programa Universidade para Todos) dele se valem como critério de escolha, a exemplo do SISU (Sistema de Seleção Unificada), sendo este um mecanismo, por excelência, pelo qual instituições públicas de ensino superior disponibilizam vagas destinadas à seleção de candidatos realizada com base na nota obtida no ENEM. No caso dos autos, a parte agravada requer a concessão de acesso à prova de redação do ENEM realizado no ano de 2011 e a abertura de prazo para recurso justamente por almejar o ingresso no ensino superior por meio do SISU, conforme se depreende da inicial da ação ordinária (fls. 27/32-v).

Assim, a partir do momento em que o próprio edital do ENEM prevê a possibilidade de utilização da nota do exame como critério de seleção das instituições de ensino superior, perde tal prova a natureza de mero exercício de avaliação científica do ensino nacional – tese defendida pelo agravante, em suas razões recursais – e passa a ter características próprias de uma seleção pública, a exemplo de um concurso público ou vestibular. Nesse contexto, nítida é a necessidade de o exame em questão efetivar as garantias constitucionais de publicidade e ampla defesa aos participantes, como se verá a seguir.

A Carta Magna, em seu art. 37, enumera, em rol exemplificativo, alguns dos princípios que devem reger a Administração Pública:

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

Por seu turno, o certame seletivo tem início com o ato de convocação dos interessados, o edital, ao qual se vinculam todos os atos a ele posteriores. Nessa toada, como bem registrou Celso Antônio Bandeira de Melo (in Curso de Direito Administrativo, 24^o edição, São Paulo: Malheiros, 2007 p. 520), “o princípio da vinculação do instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (...)”.

Não por outro motivo é voz corrente a seguinte expressão: “o edital é a lei do concurso”.

Bem se vê, então, que se está diante de um instrumento que, de tão importante, a Administração deve ser a primeira a fazer prevalecer a garantia da efetividade de princípios constitucionais, nem que seja à custa da autocrítica e do poder de autotutela, no sentido de chamar para si a responsabilidade de corrigir suas imperfeições e ilegalidades.

É nesse sentido que se entende o magistério de Hely Lopes Meirelles (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 34º edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 277/278), é bem verdade que voltado para o edital de licitação, mas que em tudo se aplica, até por ser uma de suas modalidades, ao concurso público: (...) *revelando-se falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo através de aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração das propostas.*

Logo, lamentável, sob todos os aspectos, a realização de um exame nacional, que, dentre outros objetivos, tem o de permitir o ingresso de estudantes no ensino superior, sem que o seu edital tivesse previsto a possibilidade de vista das provas pelos candidatos ou mesmo a interposição de recurso, menos ainda a divulgação dos critérios de correção utilizados. Ao admitir a realização de um exame sem tais previsões editalícias, terminou o agravante por violar os princípios insertos no art. 37 da Constituição. Forte nos escólios doutrinários acima referenciados, o INEP, diante de tal omissão, deveria ter retificado o edital anteriormente expedido, a fim de possibilitar o exercício da ampla defesa pelos candidatos que se sentissem prejudicados pela correção da prova – ou mesmo garantir tal prerrogativa aos candidatos que já realizaram o exame, como é o caso dos autos.

Assim, não merece guarida a alegação do agravante no sentido de que a liminar concedida não seria cabível pela ausência de previsão editalícia para o acesso dos examinados às provas e critérios de correção ou para interposição de recursos, pois o que se vê é que o edital do ENEM-2011 foi omissivo, ferindo as garantias constitucionais de publicidade e ampla defesa, razão pela qual, mesmo diante do princípio da vinculação ao instrumento editalício, deveria o INEP ter concedido ao ora agravado o direito de ter vista às provas realizadas, bem como aos critérios de correção utilizados, disponibilizando, ainda, ao candidato, o direito de recurso, em respeito aos princípios constitucionais acima mencionados que devem reger a atuação da Administração.

Igualmente não merece acolhida o argumento do agravante no sentido de que a abertura de prazo para interposição de recurso implicaria na demora para a divulgação dos resultados *“tendo em vista o incontável número de recursos que poderiam ser deduzidos com as mais variadas alegações”* (fls.15), ou ainda que o critério da dupla ou tripla correção já garantiria maior precisão nas notas, pois como bem acentuou a parte agravada em sua inicial da ação originária, *“É absolutamente factível, para não dizer provável, que em um Exame Nacional com 5,3 milhões de inscritos (conforme dados publicados pelo próprio organizador do Exame – INEP), ocorram alguns equívocos no processo de correção das provas dos candidatos. O que não se pode justificar, ante tamanha possibilidade de ocorrência de erros na avaliação desta enorme quantidade de candidatos, é que se estabeleça uma vedação apriorística de qualquer espécie de medida que possibilite uma revisão da correção realizada pelo examinador.”* (fls. 28).

Portanto, resta patente o direito do agravado, então autor da ação, de ter vista da prova do ENEM/2011 a que se submeteu, tudo isso em decorrência dos princípios constitucionais da publicidade e ampla defesa, mormente quando se sabe, como é a hipótese presente, que a nota obtida em tal exame será utilizada como critério de classificação para o ingresso em instituição de ensino superior, devendo ser encarado o ENEM, nesses casos, como se concurso público fosse. A jurisprudência pátria é pacífica ao entender ser devido o direito de vista às provas e de interposição de recurso em concursos públicos e provas de exame vestibular, como não nos deixam mentir os seguintes julgados:

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OBSERVÂNCIA. VISTA DA PROVA QUE ELIMINOU A CANDIDATA DO CERTAME. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Tendo em vista a necessária observância aos princípios norteadores de toda atividade administrativa, mormente os da publicidade – que se desdobra no direito de acesso a informação perante os órgãos públicos –, da ampla defesa e do contraditório, **o candidato em concurso público deve ter acesso à prova realizada com a indicação dos erros cometidos que culminaram no seu alijamento do certame.** 2. Recurso ordinário provido.” (ROMS 200802080781, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:19/12/2008 – negritei).*

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO DA 5ª REGIÃO. NEGATIVA DE PEDIDO DE REVISÃO OU VISTA DE PROVA. PREVISÃO EDITALÍCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PUBLICIDADE. 1. Reza o item 5.6 do Edital do Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho da 5ª Região - Bahia (fls. 30) que “Não serão aceitos, sob hipótese alguma, pedidos de revisão ou vista de prova em quaisquer fases do concurso.”, ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. A negativa de vista da prova discursiva, ou de qualquer outra prova do concurso, viola o princípio constitucional da publicidade, além de retirar a possibilidade de revisão dos atos da banca examinadora, violando, também, o princípio contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois impede que o Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre possível lesão a direito do candidato. 3. A conduta da Administração, indeferindo o pedido de vista do candidato, desatende, ainda, o disposto no inciso XXXIII do art. 5º da CF, que garante o direito de receber dos órgãos públicos informações relativas a interesse particular. 4. Apelação da União e remessa improvidas.” (AC 200533000237213, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:22/05/2009 PAGINA:165 – grifamos).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA ANALISTA DE INFRA-ESTRUTURA/MPOG. NEGATIVA DE PEDIDO DE DISPONIBILIZAÇÃO DO ÁUDIO DA PROVA ORAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PUBLICIDADE. (... 2. Violações aos princípios constitucionais que regem a administração devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, como no caso em que se busca a efetivação ao direito a recurso em etapa de concurso público. 2. **A negativa de disponibilização da prova oral fere o princípio constitucional da publicidade, além de retirar a possibilidade de revisão dos atos da banca examinadora, violando, assim, o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois impede que o Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre possível lesão a direito do candidato.** 3. Não adianta haver a abertura de prazo para recurso administrativo, sem que o candidato disponha de meios que efetivem esse direito e possa comprovar suas alegações. É evidente que o candidato precisa ter acesso a sua prova, bem como aos motivos que levaram a sua reprovação, para que possa contestar-lhe os critérios, quando for o caso...” (AC 200834000211159, JUIZ FEDERAL ALEXANDRE JORGE FONTES LARANJEIRA (EM SUBSTITUIÇÃO), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:02/09/2011 PAGINA:2169 – grifos não originais).

“ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – DIREITO À EXIBIÇÃO DE PROVA E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO – POSSIBILIDADE. 1-) Ao aplicar uma prova visando ao preenchimento de cargo público, exerce a instituição de ensino superior, de forma delegada, uma atividade típica da Administração Pública, não podendo afastar-se, portanto, dos princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal. 2-) **Não há dúvida de que a negativa de vista de qualquer espécie de prova ou dos critérios adotados para a sua correção fere o princípio constitucional da publicidade, além de impedir que o interessado tenha embasamento suficiente para interpor recurso administrativo, quando for o caso, cerceando, assim, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.** 3-) Acresce que o art. 5º, XXXIII, da CF/88 garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações relativas a interesse particular, o que reforça o direito do impetrante de ter vista dos documentos requeridos na inicial. 4-) Ressalte-se que, no caso, como a universidade somente disponibilizou as cópias solicitadas pelo impetrante posteriormente à data do protocolo de interposição de seu recurso administrativo, agiu com acerto a magistrada quando lhe concedeu nova oportunidade para recorrer...” *Remessa necessária improvida. Sentença mantida.*” (REOMS 200650010072911, Desembargador Federal ANTONIO CRUZ NETTO, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::09/12/2008 - Página::207 – destaques não constantes no original).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. PONTO DE CORTE. POSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. REVISÃO DE NOTAS. CONSTITUIÇÃO DE NOVA BANCA EXAMINADORA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. INCABIMENTO. COERÊNCIA COM ART. 207, DA CF/88. - O candidato a concurso vestibular tem direito a obter vista das provas do certame, em face dos princípios da ampla defesa e da publicidade dos atos administrativos, assegurados pela Constituição Federal de 1988. - O Poder Judiciário não pode substituir ou determinar formação de nova Banca Examinadora do Vestibular, por se tratar de exame do mérito do ato administrativo que fixou critérios de análise valorativa das provas do certame. - Não tendo o candidato obtido a nota mínima nas provas discursivas do certame, não há direito líquido e certo à determinação pelo Judiciário de nova banca examinadora para correção de suas provas, sob pena de clara afronta aos princípios da isonomia e da autonomia, constitucionalmente assegurados. - Apelação a que se nega provimento.” (AMS 200684000009196, Desembargador Federal Ridalvo Costa, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::16/11/2007 - Página::331 - Nº::220 – também destacamos).

“ADMINISTRATIVO. EXIBIÇÃO DE PROVAS DE VESTIBULAR. AMPLA DEFESA. PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. REVISÃO DE NOTAS. VALIDADE DA PROIBIÇÃO EM NORMA INTERNA DA UNIVERSIDADE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Faz jus o impetrante, candidato do vestibular da Universidade Federal do Ceará, a obter vista das provas de concurso vestibular, tendo em vista o direito a ampla defesa e a publicidade dos atos administrativos, assegurados pela Constituição Federal. - Remessa oficial a que se nega provimento.” (REO 200481000028655, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::05/07/2006 - Página::924 - Nº::127 – novo destaque)

Frise-se, aliás, que há decisões de TRF's, inclusive desse TRF-5ª Região, que já apreciaram questões similares à da presente lide, tendo-se decidido favoravelmente aos pleitos dos candidatos, no sentido de conceder-lhes o acesso às provas, aos critérios de correção e possibilidade de interposição de recurso.

Com a palavra, o TRF/4ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO - ENEM -. VISTA DA PROVA DE REDAÇÃO E RESPECTIVA CORREÇÃO.

1. Diante das características do ENEM, acrescidas da já tradicional utilização de seus resultados na seleção do PROUNI, não há como se eximir o Exame da submissão aos princípios que regem os concursos públicos e a Administração Pública como um todo. E é inerente a estes que as provas aplicadas, especialmente a de redação, que não se restringe a questões de múltipla escolha, sejam julgadas de acordo com critérios objetivos e passíveis de controle pelos candidatos e pela sociedade, a fim de se evitar qualquer arbitrariedade ou violação aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, publicidade, contraditório e ampla defesa.

2. A urgência da medida postulada também está presente, haja vista a proximidade do início das aulas nas instituições de ensino superior, em cujas seleções a recorrente pretende, dependendo do resultado da vista da prova e de eventual recurso da nota atribuída, ficar melhor classificada em função de possível aumento do escore no ENEM.” (Agravo de Instrumento nº 0005357-60.2010.404.0000/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Marga Inge Barth Tessler. j. 02.06.2010, unânime, DE 21.06.2010).

No mesmo sentido, esse eg. TRF/5ª Região:

“CONSTITUCIONAL. EXAME DO ENEM 2010. EXIBIÇÃO DO ESPELHO DE PROVA DE REDAÇÃO. DIREITO ASSEGURADO AO CANDIDATO.

I - A CF/88, em seu artigo 5º, XXXIII, assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo legal.

II - Amparada pelo comando constitucional, deve ser assegurado à autora, o direito à exibição da sua prova de redação, a fim de que possa verificar os critérios de correção utilizados no referido exame vestibular. (Precedente: REOMS Nº 83104/CE).

III - Também não há que se falar em perda do objeto, uma vez que a decisão, ainda não transitada em julgado, pode ser submetida a reexame em instância superior.

IV - Apelação improvida.” (AC nº 529574/CE (0000250-21.2011.4.05.8100), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Margarida Cantarelli. j. 25.10.2011, unânime, DJe 27.10.2011).

Desta feita, se o próprio edital do ENEM de 2011 prevê a possibilidade de utilização pelas universidades da nota obtida em tal prova como critério de seleção para ingresso no ensino superior, deveria o ato convocatório do exame ter assegurado aos candidatos a possibilidade de acesso às provas e espelhos de correção, cumprindo com o dever de publicidade e garantia do contraditório e da ampla defesa, conforme preceitua a Carta Magna.

Por todo o exposto, OPINO, em primeira ordem de análise, pelo acolhimento da preliminar de perda de objeto diante da falta de interesse recursal, ainda que afastada, de logo, a preliminar de coisa julgada lançada pelo agravante, sem prejuízo, de qualquer forma, do improvimento do recurso, nos moldes aqui cogitados.

É o parecer, sem prejuízo de entendimento outro, como é próprio da seara jurídica.

Recife, 29 de março de 2012.

FRANCISCO CHAVES DOS ANJOS NETO
Procurador Regional da República