

# **Por um Concurso Público Transparente – Da necessidade de divulgação de critérios objetivos de correção, motivação das decisões e contraditório no Estado Democrático de Direito**

**Ricardo Bucker Silva<sup>2</sup>**

## **1 Introdução**

O controle judicial sobre o mérito administrativo é tema polêmico, no entanto, os tribunais pátrios começam a analisar em algumas hipóteses o ato administrativo eivado de vícios de legalidade, além da proporcionalidade. Nesse aspecto, e considerando que o Neconstitucionalismo traz um repensar sobre a aplicação de todos os ramos do direito, aplicando-se uma filtragem constitucional, isto é, aplicando-se o direito sob perspectiva dos direitos fundamentais, o presente artigo tem por objetivo tecer considerações sobre a obrigatoriedade de apresentação critérios objetivos de correção para questões discursivas, a necessidade de motivação e contraditório como valorização e efetivação dos direitos fundamentais presente na Carta da República.

1. Da necessidade de divulgação de critérios objetivos de correção, motivação das decisões administrativas e contraditório substancial no Estado Democrático de Direito.

No exercício das funções estatais, a Administração Pública usufrui de diversos poderes e prerrogativas que garantem a busca do interesse público em um patamar de supremacia em face dos interesses privados. Tais poderes, se configuram por meio de atos administrativos, que podem, conforme ao grau de liberdade serem vinculados ou discricionários.

Ao se estudar o regime-jurídico administrativo a que se submete o Poder Público, verifica-se que os dois aspectos fundamentais que o caracterizam são resumidos nos vocábulos

---

<sup>2</sup> Procurador do Município de São Paulo. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

prerrogativas e sujeições. As prerrogativas são vantagens concedidas à Administração para oferecer-lhe meios, a fim de assegurar o exercício de suas atividades, enquanto as sujeições representam limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos. Tais bases definem todo o colorido da atividade administrativa no Brasil nos dias de hoje.

Considerando o ato administrativo como uma manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes, que pode criar, modificar ou extinguir direitos, com objetivo de satisfazer o interesse público, estando sujeito a regime jurídico público, sendo inferior e complementar à previsão legal e sendo sujeita a controle pelo Poder Judiciário no que tange à **legalidade**. Para definir esse controle, evitando que um Poder do Estado interfira de modo abusivo e/ou arbitrário em outro, afastando qualquer comprometimento ao princípio da separação dos poderes é importante estabelecer algumas premissas, quanto aos atos vinculados e discricionários e, conseqüentemente, o controle de mérito e controle de legalidade dos atos administrativos.

No ato administrativo vinculado o Administrador não tem liberdade, não tem juízo de valor, preenchidos os requisitos legais o ato terá que ser praticado, não restando para a autoridade alternativas. Na decisão vinculada não haverá opção pessoal para o administrador. Ou ocorre a situação fática que enseja a prática do determinado ato administrativo; ou a realidade é distinta e não permite a feitura do ato.

De outro lado, entre as prerrogativas da função administrativa do Estado, temos o poder discricionário. Poder que dá à administração pública a liberdade para atuar de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, de modo que, o administrador possa optar pela alternativa que, em seu entendimento, preserve melhor o interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup>, a discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesce 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

---

<sup>3</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 957.

objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. Já segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup> é "(...) prerrogativa concedida aos agentes administradores de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade".

É evidente, todavia, que essa discricionariedade do Administrador Público está adstrita aos ditames da lei e, especialmente, das regras e princípios constitucionais, tais como, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, contraditório e ampla defesa, além de outros explicitamente ou implicitamente extraídos da legislação. Não há que se falar que o Edital é soberano, quando desborda dos limites e fins estabelecidos pela Lei maior (Constituição da República Federativa do Brasil).

Na determinação dos atos administrativos, é fundamental a análise quanto à liberdade para sua definição, identificando em qual aspecto ou em qual elemento de formação do ato essa se apresenta, se tal elemento é vinculado ou discricionário. Nas hipóteses em que o elemento é vinculado, o administrador não tem liberdade. Terá que preencher o ato, segundo os ditames da lei, sem análise de conveniência e oportunidade. De outra banda, quando o elemento for discricionário, o administrador pode realizar um juízo de valor, avaliando a conveniência e a oportunidade do interesse público para a prática do ato.

A vinculação ou a discricionariedade dos elementos do ato administrativo dependem do tipo de ato. Para os atos vinculados, todos os seus elementos são vinculados, tendo em vista que, para a prática desse ato, o administrador não tem liberdade, vale dizer, preenchidos os requisitos legais, ele é obrigado a praticar o ato. Portanto, a competência, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade são elementos vinculados.

Nos atos discricionários, encontram-se elementos vinculados como é o caso do sujeito competente, da forma e da finalidade. Esses elementos estão definidos em lei e, em regra, o administrador não pode modificá-los, não tendo opção de escolha. Entretanto, nesses atos, o motivo e o objeto são

---

<sup>4</sup> *Manual de Direito Administrativo*, ed. Atlas, 25<sup>aa</sup> ed., 2012, p. 49-50.

discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos pela lei.

Assim, é possível concluir que é nos elementos motivo e objeto dos atos discricionários que se encontram a discricionariedade do ato administrativo, a liberdade do administrador e o juízo de conveniência e oportunidade, também denominado mérito do ato administrativo. Portanto, mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto.

Deste modo, mérito é a discricionariedade administrativa, é a liberdade do Administrador. Liberdade que no exercício de uma função pública, com prerrogativas e sujeições, **não é absoluta**, está limitada pelos ditames da lei e das regras constitucionais, inclusive seus princípios. Assim, a observância dessas margens de liberdade representam controle de constitucionalidade da decisão, também reconhecido pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 45, como controle de legalidade em sentido amplo (princípio da Juridicidade), controle que cabe tanto à Administração, quanto ao Poder Judiciário realizá-lo.

Hoje prevalece na doutrina e jurisprudência nacional que o mérito dos atos administrativos não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, sob pena de violar o princípio da Separação dos Poderes. **Entretanto, ao Judiciário, no exercício de controle judicial, cabe a análise de legalidade dos atos.** Esse controle é hoje reconhecido em seu sentido amplo (juridicidade), o que abrange a análise de compatibilidade de um ato administrativo com as regras legais e com as normas constitucionais, inclusive seus princípios.

Portanto, é assente em nosso país que o Poder Judiciário pode controlar e rever atos administrativos do Poder Público no que tange à legalidade, independentemente de serem eles vinculados ou discricionários.

Anteriormente havia um entendimento de que o ato discricionário não poderia, de forma alguma, sofrer controle judicial. Porém, no atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a

eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias oblíquas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando essa for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal, o que registre-se é o presente caso.

É fato que as Bancas Examinadoras têm discricionariedade, observando o conteúdo do edital, a natureza do cargo a ser exercido e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para construção das questões exigidas em cada etapa do concurso e de suas respectivas respostas.

Também é sabido que os Tribunais Superiores têm entendido, em regra, não competir ao Poder Judiciário o exame dos critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, compete a banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.

A Administração Pública tem liberdade, definida pela lei e sem desborda-lá, para estabelecer as regras edilícias e critérios de avaliação na realização de concurso público. Trata-se de uma decisão discricionária da autoridade, observando a conveniência e a oportunidade para o interesse público, que se exaure com sua publicação, estando a autoridade pública, a partir desse momento, vinculada a seus ditames. Com a publicação, o edital transforma-se em ato vinculado, é a lei do procedimento (vinculação ao instrumento convocatório), não podendo o administrador exigir nem mais e nem menos do que nele está previsto, sob pena de afronta aos Princípios da Isonomia e da Legalidade. O edital é a lei interna do concurso.

Entretanto é necessário salientar a jurisprudência pátria ratifica a possibilidade do Poder Judiciário rever o concurso público, inclusive o conteúdo de prova, quando essa corresponder a uma análise de ilegalidade do ato praticado, caracterizada por uma violação à constituição, à lei ou ao edital, o que ocorreu no presente caso.

É função e princípio do Poder Judiciário a proteção de direitos, bem como da própria administração pública que tem o dever de anular os ilegais como revogar os inconvenientes e inoportunos (Súmula tal), ressalvados os direito adquiridos e contraditório.

O STJ decidiu no RMS 27.566<sup>5</sup>, que na avaliação de provas, cabe o controle da legalidade, inclusive, no tocante às regras previstas no edital do certame, à vinculação ao conteúdo programático previsto no instrumento convocatório, ao conhecimento prévio dos critérios que serão adotados pela comissão examinadora, avaliando também a adequação de tais medidas à finalidade que almeja o procedimento seletivo.

A correção de questões subjetivas é realizada através dos itens determinados em um espelho de prova. O espelho deve conter tudo aquilo que a Banca Examinadora entende necessário para que se tenha uma resposta correta, inclusive com os pontos sobre o tema a serem abordados e o peso específico para os casos de citação de jurisprudência e de doutrina, paragrafação, etc. E tal espelho deverá ser publicado logo após a realização da prova, de modo a franquear o contraditório material.

Assim, a todos os candidatos será atribuída, de maneira objetiva, pontuação em conformidade com a inclusão ou não dos pontos exigidos. Sendo também observado o que foi estabelecido no edital quanto à adequada aplicação da língua portuguesa, à estética do texto (espaçamento, respeito às

---

<sup>5</sup> CONCURSO. JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO.

Candidato ao cargo de juiz substituto impetrou MS contra o desembargador presidente da comissão examinadora do concurso, ao fundamento de que a planilha de avaliação utilizada para a correção da prova de sentença penal estaria viciada, porque não incluiu valor ao item fundamentação, apesar de ela ser requerida no enunciado da prova, em ofensa ao previsto no próprio edital. Quanto a isso, o Min. Jorge Mussi (Relator originário) negou provimento ao recurso, ao relembrar, entre outros fundamentos, o entendimento de que a atuação do Poder Judiciário limita-se à legalidade do certame, pois vedado apreciar os critérios utilizados pela banca examinadora na formulação dos quesitos e atribuição de notas, no que foi acompanhado pelo Min. Felix Fischer. Contudo, prevaleceu entendimento divergente da Min. Laurita Vaz, de que, pelo próprio enunciado da questão, seria preciso tecer fundamentação, até porque inerente à questão que exige a redação de uma sentença penal em concurso para magistrado, daí a necessidade de avaliá-la. Já o Min. Arnaldo Esteves Lima lembrou que a motivação seria pressuposto essencial, conforme o próprio edital, visto em sua globalidade, e que se poderia até cogitar que, ao considerar a livre convicção inerente ao juízo, haveria de ser avaliado o candidato se este tivesse redigido sentença fundamentada em sentido diverso do que tido por correto. O Min. Napoleão Nunes Maia Filho aduziu que, na avaliação da peça produzida pelo intelecto, não há certo ou errado, mas sim razoável e irracional. Assim, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para que seja avaliada a fundamentação aposta pelo candidato na prova. RMS 27.566-CE, Rel. originário Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Laurita Vaz, julgado em 17/11/2009 (informativo nº 416 do STJ).

margens, paragrafação, etc.) a construção lógica das idéias; além da observância de outras regras, porventura estabelecidas.

O espelho representa uma grande evolução para os concursos públicos no Brasil, garante a objetividade exigida no certame e a certeza de que todos os candidatos terão o mesmo tratamento atendendo assim aos princípios da isonomia e da impessoalidade, com a certeza de que todos terão a mesma oportunidade. Garante ainda o conhecimento público cumprindo a exigência de publicidade dos atos administrativos, além de reforçar a segurança jurídica dos atos administrativos, afasta o viés patrimonialista de gestão do Estado, que privilegia apadrinhados.

Repise-se que, definir os critérios da correção; itens que devem ser levados em consideração para correção de cada prova e pontuação de cada um deles é decisão discricionária da Banca Examinadora, entretanto, uma vez publicada essa decisão, não pode a Administração Pública fugir do seu cumprimento. O espelho de prova, assim como o edital, após sua publicação se transforma em ato vinculado, não tendo a agente público como não obedecê-lo.

Todos os candidatos desse concurso, assim como de outros que tenham avaliações subjetivas (questões discursivas) tem direito ao mesmo espelho de prova e a mesma correção item a item, devendo submeter-se a mesma pontuação, não podendo nenhum ponto ser excluído ou ignorado pelo examinador. Tal comportamento da Banca Examinadora viola diversos princípios constitucionais, atenta contra a confiança (legítima) do candidato na Administração, compromete a segurança jurídica, portanto, deve ser revisto pelo Poder Judiciário.

Vale o destaque de decisão do STJ sobre esse ponto:

(...) 3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa. (RMS 27.566/CE, STJ –

Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/  
Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em  
17.11.2009, DJe 22.02.2010).

O concurso público, nada mais é que uma espécie de processo administrativo, comportando, em cada fase, o exercício do direito de recurso pelos candidatos.

Essa garantia viabiliza a revisão de uma decisão, buscando a correção de qualquer injustiça ou abuso praticado pela autoridade. Esse direito independe de previsão explícita em lei, tendo em vista que o mesmo **art. 5º, inciso LV**, em sua parte final, diz que há ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes. Mesmo para aqueles que interpretam esse dispositivo de forma diferente, há possibilidade de interposição de recurso, sem previsão específica em lei, em razão do direito constitucional de petição, definido no **art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da CRFB**.

Todo e qualquer procedimento administrativo levado a termo no âmbito da administração, seja ela direta ou indireta, deve observar os ditames expostos na Lei Federal nº 9.784/99, que estabelece normas básicas, e visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, aplicando-se, inclusive, ao Poder Judiciário, quando no desempenho de função administrativa. No caso específico do Estado de São Paulo, a lei do processo administrativo estadual é a nº 10.177/98.

Independentemente da discussão doutrinária existente sobre os institutos do 'motivo' e da 'motivação' dos atos administrativos, o certo é que os atos administrativos devem ser DEVIDAMENTE justificados (art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB), porquanto, além da vinculação ao princípio da legalidade, só dessa forma o administrado poderá exercer adequadamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa (**inc. LV, art. 5º, CRFB**).

Não é por menos que a Lei 9.784/99, em seu art. 50, bem como o art. 8, VI da Lei Estadual nº 10.177/98, corroborando entendimento já sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, passou a prever, agora por regra expressa, a necessidade de motivação dos atos administrativos, sob pena de invalidade.

Portanto, tem-se que para a validade dos procedimentos administrativos realizados, estes deverão ocorrer à luz da



mencionada Lei, em especial o que dispõe em seus artigos 2º e 3º e incisos, que trata dos deveres da Administração e direitos dos administrados a serem observados:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Legislação Federal, que é reproduzida por praticamente todos os Estados, e não deixa de ser no Estado de São Paulo, em consonância com o que se encontra exposto na Constituição Federal, garante ao administrado a observância do contraditório e da ampla defesa, expressamente prevendo, nos incisos II e III do art. 3º, **que os administrados terão vistas dos autos, obterão cópias dos mesmos, poderão formular alegações e apresentarão documentos antes da decisão**, que, ainda segundo o inc. VII do art. 2º do mesmo diploma, deve vir devidamente fundamentada com os pressupostos de fato e de direito.

Logo, para o efetivo cumprimento do direito de recurso, a decisão deve cumprir o princípio da motivação e a parte tem que ter ciência dessas razões.

A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhe os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei. Enfim, exige um raciocínio lógico (congruente) entre o motivo, o resultado do ato e a lei.

Por isso, prevalece na doutrina e jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal - STF, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas<sup>6</sup>, que é autoaplicável<sup>7</sup>. O texto

<sup>6</sup> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa." (...) (AgRg no RMS 15350/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 08.09.2003 p. 367).

<sup>7</sup> O Plenário reafirmou jurisprudência no sentido da desnecessidade de lei complementar para dar efeitos ao art. 93, X, da CF, em face de sua autoaplicabilidade e, em consequência, denegou mandado de segurança impetrado contra decisão do CNJ, que revogara atos administrativos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina — remoção voluntária de magistrados —

constitucional estabelece essa exigência de forma implícita em diversos dispositivos importantes.

A previsão decorre do **art. 1º, II, da CRFB** que reconhece como fundamento para a República Federativa do Brasil a cidadania, além de seu parágrafo único, que atribui ao povo a titularidade do poder. Nessa esteira, é fundamental que o candidato tenha conhecimento das razões que justificam os diversos atos praticados por seus representantes, os atos administrativos.

A Constituição, visando proporcionar o exercício da titularidade ao povo, também instituiu, como garantia fundamental, o direito de informação e a publicidade, previsto no **art. 5º, b, XXXIII e art. 37**, respectivamente, uma vez que, se assim não fosse, restariam prejudicados completamente os seus instrumentos de controle dos atos pelos administrados. Nessa esteira, José dos Santos Carvalho Filho, pontua *“só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”*<sup>8</sup>.

---

por terem sido editados em sessão secreta e desprovidos de motivação. Aquele conselho determinara que os atos fossem revogados e repetidos em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Afastou-se o argumento de que a decisão impugnada fundamentara-se na Resolução 6/2005, do CNJ, que disporia sobre promoção, enquanto a situação de fato constituir-se-ia em remoção de juízes. Asseverou-se que a referência a norma mencionada — que estabelecera obrigatoriedade de sessão pública e votação nominal, aberta e fundamentada para a promoção por merecimento de magistrados —, apresentar-se-ia como argumento de reforço à afirmação da necessidade dos mesmos parâmetros para as deliberações a respeito das remoções voluntárias dos membros do Poder Judiciário. Precedentes citados: ADI 189/DF (DJU de 22.5.92); ADI 1303 MC/SC (DJU de 1º.9.2000); RE 235487/RO (DJU de 21.6.2002). MS 25747/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.5.2012. (MS-25747).

<sup>8</sup> Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 24.

Desse modo já entendeu o STJ<sup>9</sup> e TRF-5<sup>10</sup>, ao afirmar que a divulgação de espelhos da redação da prova possibilita o controle pelos candidatos do ato de correção.

Nesse diapasão, ao não disponibilizar os espelhos das provas<sup>11</sup> e seus critérios, a banca examinadora, torna difícil a aferição, quiçá, impossível, pelo candidato, do conteúdo e fundamento exigidos que não foram abordados em sua prova, prejudicando, ou melhor, destruindo sua ampla defesa, pois dessa forma, o candidato só poderá formular recurso genérico,

---

<sup>9</sup> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS SIGILOSOS. **AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DOS MOTIVOS. EXCLUSÃO. ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.** CERTAME ENCERRADO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RMS: 31067 SC 2009/0243071-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 22/08/2012).

<sup>10</sup> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR. APRESENTAÇÃO DO ESPELHO DA PROVA DE TÍTULO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. I. Remessa necessária de sentença que determinou a apresentação dos espelhos da prova de título do Concurso para Professor Adjunto 40 Horas/DE, Setor de Estudo: Clínica Integrada/Cirurgia e Traumatologia Buco-maxilo-facial do Departamento de Clínica Odontológica da Faculdade de Farmácia, Odontologia e Enfermagem da UFCE. II. Constatou-se que, para a ciência das pontuações atribuídas aos títulos dos candidatos envolvidos no certame, bem como para se verificar a obediência aos critérios objetivos especificados no edital, é imprescindível a apresentação do espelho da prova de títulos dos candidatos aprovados. III. Versa a lide sobre concurso público, regido pelos princípios administrativos constitucionais e legais, entre eles o da publicidade, que só poderia ser mitigado na hipótese de ameaça real a direito subjetivo de terceiro, o que não ocorre no caso. IV. Remessa necessária improvida. (TRF-5 -REEX: 8005862120134058100, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 28/01/2014, Quarta Turma).

<sup>11</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REQUERIMENTO DE VISTA DA PROVA DISCURSIVA INDEFERIDO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSCULPIDOS NOS ARTS. 5º, XXXIII, XXXV E 37. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

**1 - A negativa de vista da prova discursiva, ou de qualquer outra prova do concurso, fere frontalmente 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.** 2 - A conduta da Administração, indeferindo o pedido de vista da impetrante, 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. 3 - Remessa improvida. (TRF-1, REO 200001000114231, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJU 10/06/2003, p.118.) (negritamos).

desconhecendo quais foram os critérios do examinador, impedindo-o de combater especificamente os pontos exigidos na resposta padrão do examinador.

Sobre necessidade de motivação e transparência, andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao decidir no RMS 49.896-RS<sup>12</sup> que:

- 1) a banca examinadora do certame, deve demonstrar de forma clara e transparente, que os critérios de avaliação previstos no edital foram respeitados, sob pena de nulidade da avaliação. Dessa forma, o ideal seria que as bancas examinadoras forneçam espelhos de correção que permitam ao candidato condições de identificar:
  - a) o padrão de resposta esperado pela banca examinadora para cada questão;
  - b) a pontuação válida para cada um dos critérios;
  - c) a nota que lhe foi atribuída em cada um deles;
  - d) e por fim, a nota global obtida pelo candidato.
- 2) Que as informações constantes nos espelhos de prova representam a “motivação do ato administrativo”, como tal, trata-se de medida imperativa, por ser expressão dos arts. 2º e 50, III e §1º, da Lei nº 9.784/99 (lei do processo administrativo no âmbito federal).
- 3) A motivação deve ser apresentada anteriormente ou concomitante a prática do ato administrativo. Isso porque se entende que se fosse permitida a motivação posterior, isso estimularia a prática de mal feitos de qualquer ordem para evitar eventual impugnação ao ato (fundamentação ficta buscando somente a justificação do ato);
- 4) Mesmo que o edital não preveja que a banca deve motivar a correção da prova, o candidato poderá exigir essa providência.

## 2 Conclusão

Sendo assim, o Poder Judiciário não só pode, como **DEVE** realizar o controle dos atos administrativos ilegais.

---

<sup>12</sup> STJ. 2ª Turma. RMS 49.896-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 20/4/2017 (Info 603).

Considerando que o espelho de prova é expressão desdobrada de inúmeros princípios constitucionais, forçoso reconhecer sua obrigatoriedade como ato vinculado, não podendo a Administração ser omissa nesse mister.

A inobservância da pontuação para candidato que cumpriu os parâmetros de resposta é ato ilegal, viola princípios constitucionais, tais como a legalidade, a isonomia, a impessoalidade, a publicidade, a segurança jurídica e a confiança, além de contrariar a teoria dos motivos determinantes, devendo ser revisto pelo Poder Judiciário.

## **REFERÊNCIAS**

AVÍLA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed., Niterói: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, out. 2013.