

A ilegalidade das provas orais em concursos públicos

Vamário Soares Wanderley de Souza

1. INTRODUÇÃO

A realização de provas orais em concursos públicos para carreiras jurídicas **constitui etapa tradicional e relevante do processo seletivo, destinada a aferir não apenas o conhecimento técnico-jurídico do candidato, mas também sua capacidade de articulação, argumentação e expressão verbal**. Contudo, a natureza intrinsecamente subjetiva dessa modalidade de avaliação tem suscitado questionamentos quanto **aos limites da discricionariedade da banca examinadora** e à necessidade de observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Casos recentes evidenciam a urgência de um debate aprofundado sobre a legalidade dos procedimentos adotados pelas bancas examinadoras. No **concurso para Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo**, cerca de 60% dos candidatos foram reprovados na prova oral sem qualquer divulgação de notas, espelhos de correção ou padrões de resposta esperados. Situação análoga ocorreu no **XX Concurso para Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região**, onde candidatos receberam apenas a nota global, sem fundamentação sobre os critérios avaliativos previstos na Resolução 75/09 do CNJ, nem notas por questão formulada e o pior, sem qualquer possibilidade recursal. E, por fim, no recente **concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, com a completa ausência de motivação (ou motivação genérica), no que tange as respostas dos recursos administrativos dos candidatos.

O presente estudo propõe-se a analisar as principais ilegalidades que podem macular a etapa oral de concursos públicos, examinando: **(i) a ausência de motivação adequada dos atos de avaliação; (ii) a falta de transparência na divulgação de critérios e notas; (iii) a vedação inconstitucional de recurso administrativo; (iv) a não disponibilização da gravação da prova oral do candidato; e (v) a impossibilidade de convalidação de atos imotivados**. Para tanto, será examinada a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, bem como a legislação aplicável à espécie.

2. A MOTIVAÇÃO COMO REQUISITO DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

2.1. Fundamentos Constitucionais e Legais

O princípio da motivação dos atos administrativos encontra fundamento constitucional no art. 93, X, da Constituição Federal, que estabelece que **"as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas"**. Embora direcionado originalmente ao Poder Judiciário, tal dispositivo consagra princípio geral aplicável a toda a Administração Pública, especialmente quando seus atos afetam direitos dos administrados.

No âmbito infraconstitucional, o art. 2º da Lei nº 9.784/1999 estabelece que **a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da motivação**. O art. 50, I, do mesmo diploma legal é ainda mais específico ao determinar que **os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando "neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses"**.

No âmbito dos Estados, várias são as leis locais que regulam o processo administrativo. Como exemplo o Estado de São Paulo, onde a Lei nº 10.177/1988, que regula o processo administrativo estadual, prevê expressamente em seu art. 8º, VI, que são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais, especialmente nos casos de "falta ou insuficiência de motivação". Complementarmente, o art. 9º determina que "a motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada".

2.2. A Motivação nas Provas Orais de Concursos Públicos

A atribuição de nota a candidato em prova oral constitui ato administrativo que afeta diretamente seus direitos e interesses, **razão pela qual deve ser devidamente motivado**. Como destaca a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, **a motivação deve ser apresentada anteriormente ou concomitantemente à prática do ato administrativo**, sob pena de possibilitar a fabricação posterior de justificativas para burlar eventual impugnação.

No contexto específico das provas orais, a motivação adequada exige, no mínimo: (i) a divulgação da nota global obtida pelo candidato; (ii) **a discriminação da pontuação atribuída em cada critério avaliativo previsto no edital**; (iii) **o padrão de resposta esperado para cada questão formulada**; e (iv) **as razões que fundamentaram a avaliação em cada aspecto considerado**.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **AgInt no RMS de n. 70183/MS**, assentou que:

"...se considera imotivada e não fundamentada a mera divulgação da nota global, desacompanhada de cada um dos critérios avaliativos e das notas atribuídas a cada um deles e do padrão de resposta esperado, como o fez a banca examinadora no presente caso"

2.3. As Resoluções 75/09 e 81/09 do CNJ, a Resolução 14/06 do CNMP e a Lei Orgânica Nacional da Polícia Civil: Critérios de Avaliação da Etapa Oral

Os principais certames das carreiras jurídicas - **defensoria, procuradoria, delegado de polícia, magistratura, serventias extrajudiciais e ministério público** - sendo estes três últimos, são regulados por resoluções específicas dos respectivos órgãos de controle, que estabelecem parâmetros para a avaliação nas provas orais. **A análise comparativa dessas normativas revela a preocupação do legislador com a objetividade e transparência na aferição do desempenho dos candidatos**.

Para os concursos da magistratura, a Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça estabelece, em seu art. 64, § 3º, que:

"A arguição do candidato versará sobre conhecimento técnico acerca dos temas relacionados ao ponto sorteado, cumprindo à Comissão avaliar-lhe o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo."

No âmbito dos **concursos para outorga de delegações de notas e de registro (cartórios)**, a **Resolução 81/09 do CNJ adota sistemática semelhante**. O art. 5.6.14 da minuta de edital anexa à resolução estabelece que "a Prova Oral valerá 10 (dez) pontos e

terá peso 04 (quatro)", enquanto o item 5.6.11 determina que "as provas orais realizar-se-ão de acordo com normas que serão fixadas pela Comissão de Concurso". Ademais, o art. 5.4 dispõe que "o domínio da Língua Portuguesa será avaliado em todas as fases e provas do concurso", evidenciando a multiplicidade de critérios a serem considerados na avaliação oral.

Para a **carreira do Ministério Público, a Resolução 14/06 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece**, em seu art. 16, que "o concurso constará de provas escritas, oral e de títulos", sendo que "as provas orais terão caráter eliminatório e serão registradas em gravação de áudio ou por qualquer outro meio que possibilite a sua posterior reprodução" (§ 2º). O art. 21, § 1º, especifica que "nas provas orais o candidato será arguido por um ou mais dos membros da Comissão Examinadora, em sessão pública, sobre pontos do programa, sorteados no momento da arguição".

A exigência de gravação das provas orais, prevista expressamente na Resolução 14/06 do CNMP, constitui importante instrumento de transparência e controle, permitindo a posterior verificação do conteúdo das respostas e da adequação da avaliação. Lamentavelmente, tal exigência nem sempre é observada em outros certames ou, quando observada, não se traduz em efetiva possibilidade de revisão por parte do candidato.

O que se extrai da análise sistemática dessas normativas é que **a avaliação da prova oral não se restringe ao conhecimento técnico-jurídico, abrangendo múltiplos critérios** - domínio do conhecimento, adequação da linguagem, articulação do raciocínio, capacidade de argumentação e uso correto do vernáculo - que **devem ser individualmente considerados e motivados.**

A mera divulgação de uma nota global, desacompanhada da pontuação atribuída a cada um desses critérios, impossibilita ao candidato compreender os fundamentos de sua avaliação e, conseqüentemente, exercer adequadamente o contraditório e a ampla defesa.

Especificamente para os concursos de Delegado de Polícia, a Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis estabelece, em seu art. 21, § 3º, que:

"Os concursos públicos para o cargo de delegado de polícia devem adotar a prova oral como etapa do certame, assegurados critérios objetivos para aferição da nota, sistema de auditoria e recurso individualizado dos candidatos quanto ao gabarito apresentado pela banca examinadora e ao resultado provisório da nota."

Tal dispositivo consagra, em âmbito nacional, **a exigência de critérios objetivos, auditoria e direito de recurso, afastando qualquer pretensão de manutenção de práticas que privilegiem a opacidade e a irrecorribilidade das decisões da banca examinadora.** A norma representa importante avanço legislativo ao **positivar garantias que já decorriam dos princípios constitucionais da motivação, publicidade, contraditório e ampla defesa**, mas que eram frequentemente ignoradas pelas bancas examinadoras sob o argumento da discricionariedade técnica.

3. DA TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

3.1. O Princípio do Concurso Público e a Exigência de Lisura

O princípio do concurso público, consagrado nos arts. 37, II, e 93, I, da Constituição Federal, tem como premissa essencial a máxima publicidade e transparência do certame. A concretização desse direito fundamental à lisura do processo seletivo realiza-se pela criação de regras gerais e impessoais para a seleção dos candidatos e pelo dever de motivação dos atos administrativos praticados pela Banca Examinadora em todas as etapas do certame.

A clareza e a transparência na utilização dos critérios previstos no edital devem estar presentes quando a banca examinadora divulga o resultado de suas avaliações. Isso significa que **cada critério considerado deve ser acompanhado, no mínimo, do respectivo valor da pontuação ou nota obtida pelo candidato, bem como das razões ou padrões de resposta que as justifiquem.**

Ademais, só para corroborar tal situação, confira-se, **ainda, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, relativo ao último concurso para o cargo de juiz federal do TRF da 4ª Região:**

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA JUIZ FEDERAL DA 4ª REGIÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA ACERCA DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO UTILIZADOS PARA A CORREÇÃO DA PROVA DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 50 DA LEI 9.784/1999 E AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E MOTIVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste STJ segue o entendimento da Suprema Corte no sentido de que é vedado ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora de concursos públicos para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, cingindo-se a sua atuação ao controle jurisdicional em situações concretas de ilegalidade.

2. No caso dos autos, é possível constatar que os espelhos de correções das provas de sentença penal não apresentaram a devida motivação para a prática do ato consistente na atribuição de nota aos candidatos, porquanto divulgados apenas critérios genéricos, desacompanhados do padrão de resposta e das notas a eles atribuídas.

3. Tal situação configura ofensa aos princípios da publicidade e da motivação, além das garantias do contraditório e da ampla defesa, a legitimar a atuação do Poder Judiciário em controle de legalidade. Precedentes: AgInt no RMS n. 52.691/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 17/6/2022; RMS 56.639/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maria Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/05/2019.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS n. 60.971/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024). (grifos acrescentados)

3.2. Gravação da Prova e Espelho de Correção como Instrumentos de Transparência. Caso concreto ocorrido no Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça da Bahia

As informações constantes dos espelhos de provas constituem a própria motivação do ato administrativo consistente na atribuição de nota ao candidato. **Sem o espelho individualizado, torna-se impossível aferir se os critérios estabelecidos no edital foram efetivamente observados pela banca examinadora.**

A título de exemplo, o edital do concurso para Delegado de Polícia Civil de São Paulo (DP-1/2023) estabelecia em seu item 12.109 que caberia à Banca Examinadora "avaliar o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo". Fato é que, **sem um espelho individual, resta absolutamente impossível verificar qual foi a avaliação do examinador em relação a cada um desses critérios para cada candidato.**

Em sentido contrário à prática ilegal adotada em São Paulo e no TRF da 3ª Região, **outros tribunais do país adotam padrões de transparência exemplares.** Em concursos realizados pela banca Cebraspe, em especial **no concurso para Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, foram disponibilizados espelhos detalhados e individualizados, com divisão de notas por critério (domínio do conhecimento jurídico, adequação da linguagem jurídica, articulação do raciocínio, capacidade de argumentação e uso correto do vernáculo),** além de campo específico para "Motivação da Nota do Examinador", onde são consignados os fundamentos da avaliação.

Ademais, é de se destacar, ainda, **a tamanha importância de tal transparência, o que pode ser observado pelo caso abaixo ocorrido neste concurso da Magistratura da Bahia, onde só com o espelho e gravação, foi que se demonstrou/provou que o candidato tinha respondido na íntegra ao que a banca exigia como resposta,** ocasião em que o Tribunal Bahiano nos autos do Mandado de Segurança de n. 8001168-51.2021.8.05.0000, **reconheceu tal erro e concedeu a ordem nos seguintes termos:**

MÉRITO. CONCURSO PARA JUIZ DE DIREITO. PROVA ORAL. PONTUAÇÃO. DISCUSSÃO. TEMA 485, DA REPERCUSSÃO GERAL. REVISÃO DOS CRITÉRIOS DA BANCA EXAMINADORA. INCABIMENTO, **EXCETO OCORRENDO ERRO, INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE. CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA. AUSÊNCIA DE TÓPICO DA RESPOSTA PELO CANDIDATO. ERRO FLAGRANTE. CONFIGURAÇÃO. RESPOSTA DO CANDIDATO. PRESENÇA. CONSTATAÇÃO. RESPOSTA GENÉRICA. NÃO CONFORMAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VIOLAÇÃO. PONTUAÇÃO. ACRÉSCIMO SOMENTE QUANTO À QUESTÃO DISCUTIDA NA AÇÃO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA. PARCIAL CONCESSÃO.** Vistos, relatados e discutidos estes autos do mandado de segurança nº 8001168-51.2021.8.05.0000, de Salvador, em que são partes as acima nominada. ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua Composição Plena, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA,** pelas razões que se seguem. Salvador, data registrada no sistema. (TJ-BA - Mandado de Segurança: 80011685120218050000, Relator.: EMILIO SALOMAO PINTO RESEDA, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 28/01/2023)

E, sobre a **tamanha importância das gravações nas provas orais,** foi o próprio Conselho Nacional de Justiça em concurso para serventias extrajudiciais no Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo a importância dos espelhos e de que **problemas na gravação do áudio afetam diretamente o direito de recorrer. Veja:**

RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - TJRS. CONCURSO DE CARTÓRIOS. PROBLEMAS TÉCNICOS NA CAPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE ÁUDIOS DE ALGUNS CANDIDATOS. REAPLICAÇÃO DA PROVA ORAL LIMITADO A UM GRUPO DE MATÉRIAS, MAS A TODOS OS CANDIDATOS QUE ASSIM OPTARAM, INDEPENDENTEMENTE DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Recurso administrativo interposto contra decisão terminativa que julgou improcedentes pedidos relacionados a atos praticados no Concurso Público de Provas e Títulos para a Outorga de Delegação de Serviços Notariais e Registros do Estado do Rio Grande do Sul (Edital nº 002/2019).

2. *A priori*, a anulação e a reaplicação da prova oral a todos os candidatos, excluídos os ausentes, em relação às provas do Grupo C, tal qual originalmente deliberado pela Comissão de Concurso em 14/11/2022 (Ata n. 97/2022), seria a solução mais adequada. Todavia, tal situação, além de trazer maiores custos para Administração, também não se mostrava a mais efetiva, dado que as provas orais, em si, não foram atingidas pelos problemas técnicos de gravação.

3. A gravação da prova oral, para além de assegurar a publicidade e transparência na realização do exame, faz-se essencial para garantir aos candidatos interessados o exercício do direito de recurso ou revisão na forma prevista no edital do certame.

4. A não disponibilização da gravação, quando solicitada pelo candidato, em tempo oportuno e forma adequada, afronta diretamente previsão constante no edital do certame e viola a legalidade e o devido processo legal.

5. No caso, o fator de *discrímen* entre os concorrentes se assenta na impossibilidade de interposição de recurso administrativo contra a avaliação da prova oral, porquanto alguns candidatos não tiveram acesso às gravações de suas arguições em razão dos problemas técnicos a que não deram causa.

6. Sem a demonstração de prejuízo concreto, não há de se falar em nulidade e em reaplicação das provas orais, sob pena de ofensa ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

7. A partir do confronto das provas trazidas aos autos, é possível concluir que apenas 81 candidatos sofreram prejuízo por não terem acesso às gravações das suas arguições das provas orais do Grupo C, em razão de problemas técnicos para os quais não deram causa.

8. O CNJ tem entendimento sedimentado de que, em casos de ilegalidade e desrespeito ao edital, a reaplicação da prova oral só deve ser realizada para os candidatos efetivamente prejudicados, sem afetar as provas dos demais candidatos, porque a reaplicação do exame, sem qualquer critério de distinção, conferindo tratamento igual a indivíduos que se encontravam em posições jurídicas desiguais, revela clara violação ao princípio da isonomia, rompendo a correlação lógica entre o critério de diferenciação imposto pelas circunstâncias do caso concreto e aquele utilizado como fator de disparidade pela Comissão do Concurso (fator de desigualação, correlação lógica abstrata e juridicidade).

9. A faculdade de reaplicação das provas do Grupo C a todos os candidatos acabou por engendrar verdadeira desigualdade, uma vez que concedeu favorecimento indevido a candidatos que não tiveram quaisquer óbices para recorrer das suas avaliações.

10. Estender a possibilidade de realização de nova prova oral àqueles que não tiveram problemas na gravação de sua arguição configura medida que afronta a isonomia, porque confere tratamento igual a candidatos em situações distintas e oferece a vantagem de uma “segunda chamada” ou “prova de recuperação” para candidatos que tiveram notas baixas na primeira oportunidade, sem qualquer prejuízo evidente ou decorrente das falhas técnicas.

11. Recurso conhecido e, no mérito, provido a fim de que a Comissão do Concurso Público, em razão da prova oral do Grupo C levada a efeito em 30/01/2023, considere somente as novas notas dos candidatos efetivamente prejudicados pelas falhas técnicas nas gravações das primeiras provas orais e que optaram tempestivamente pela reaplicação, mantendo as notas da primeira avaliação dos demais candidatos. (PCA 0007438-38.2022.2.00.0000, Relator: Conselheiro Mauro Pereira Martins, Relator para o acórdão: Conselheiro Marcello Terto, julgado na 2ª Sessão Extraordinária em 26 de setembro de 2023.)

4. DA VEDAÇÃO EDITALÍCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

4.1. A Inconstitucionalidade da Irrecorribilidade e Da ineficácia do Recurso administrativo com respostas genéricas e padronizadas aos candidatos

É frequente encontrar em editais de concursos públicos disposições que vedam a interposição de recurso administrativo contra o resultado da prova oral. A título ilustrativo, **o edital do concurso DP-1/2023 da Polícia Civil de São Paulo** dispunha em seu item 12.121 que "Inexistirá, na prova oral, em face de sua natureza, a possibilidade de interposição de pedido de reconsideração ou de recurso da nota atribuída". De igual modo, **o edital do XX Concurso para Juiz Federal do TRF da 3ª Região** estabelecia em seu item 10.4 que "É irretroatável e irrecorrível a nota atribuída na prova oral".

Tal vedação, contudo, colide frontalmente com a garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal, segundo a qual **"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"**.

E, ainda que formalmente previsto no edital, o recurso administrativo torna-se ineficaz quando a banca examinadora se limita a proferir decisões com fundamentação genérica e padronizada, sem enfrentar analiticamente os argumentos apresentados pelo candidato. Tal prática configura motivação insuficiente e viola os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo administrativo.

Caso emblemático ocorreu **no LXI Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Na respectiva prova oral, **vários candidatos interpuseram recurso administrativo com transcrição literal de suas**

respostas (extraídas da mídia disponibilizada pela própria banca) com respaldo na legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis a cada questão formulada.

Fato é que, não obstante a fundamentação detalhada no recurso administrativo, **a banca examinadora manteve a nota, alegando genericamente "respostas insuficientes", "evasivas" ou "deficiências quanto à articulação do raciocínio", sem rebater analiticamente cada ponto trazido nas razões recursais.**

Fato é que **a decisão padronizada que repete os critérios abstratos do edital, sem demonstrar, item a item, em que termos as respostas efetivamente falharam, configura motivação insuficiente nos termos do art. 50 da Lei nº 9.784/1999**, pois restou observado que a decisão da banca examinadora não rebateu tecnicamente cada ponto dos recursos dos candidatos (ausência de confronto direto com as transcrições e fundamentos apresentados).

Tal situação evidencia **tripla violação**: (i) **ao princípio da motivação administrativa**, pela ausência de enfrentamento analítico dos argumentos recursais; (ii) **ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade**, quando a nota atribuída revela-se manifestamente desproporcional diante de múltiplos acertos parciais e integrais demonstrados; e (iii) **ao devido processo administrativo**, pelo cerceamento ao contraditório em sentido material, já que a ausência de decisão motivada sobre pontos relevantes impede o efetivo exercício do direito de defesa.

A **gravidade da situação se acentua quando se constata que o recurso administrativo, embora formalmente previsto, funciona como mera formalidade burocrática, incapaz de proporcionar ao candidato a revisão efetiva de sua avaliação**. Configurada a ineficácia material do recurso administrativo, resta ao candidato a via judicial para controle da legalidade do ato, mediante mandado de segurança fundado no vício de motivação e possível desrespeito aos critérios objetivos estabelecidos no próprio edital.

4.2. A Correta Interpretação da Resolução do CNJ e CNMP e da Lei Orgânica da Polícia Civil

A Resolução 75/09 do CNJ estabelece, em seu art. 70, § 1º, que "é irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral". A correta interpretação desse dispositivo, contudo, **não conduz à conclusão de que toda e qualquer impugnação estaria vedada.**

O que **a Resolução veda é que o candidato recorra contra o juízo de mérito feito pelo examinador sobre as respostas apresentadas pelo examinando**. Os critérios de avaliação das respostas e a nota atribuída a cada uma delas estão dentro da independência do avaliador e não podem ser questionadas no recurso quanto ao mérito.

De outro lado, **é plenamente possível que o candidato recorra contra a prova oral caso esta descumpra as regras do edital ou da Resolução, como na hipótese em que o examinador formula perguntas que não estão no programa sorteado para aquele candidato, quando há ausência de motivação adequada, quando através da gravação se comprova que o candidato atendeu ao que a banca exigida como resposta e, ainda, comprovada a existência de uma subjetividade significativa do examinador**. Isso pode ser objeto de recurso, considerando que se trata do controle da própria legalidade do ato.

4.3. O Entendimento Jurisprudencial Consolidado do STJ e STF

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que **é inadmissível a realização de fases de concursos públicos em caráter irrecorrível.**

No julgamento do AgInt no RMS 70183, o Ministro Gurgel de Faria assentou:

“No entanto, esse entendimento se encontra desalinhado com a jurisprudência desta Corte, a qual tem prestigiado o direito de interposição de recurso administrativo por parte do candidato em relação às fases eliminatórias do certame, bem como que tenha conhecimento dos critérios objetivos utilizados pela Administração para pautar sua decisão.

Exemplificativamente, citam-se os vários precedentes em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a realização de exames psicotécnicos em concursos públicos é legítima, desde que sejam objetivos os critérios adotados para a avaliação e couber a interposição de recurso contra o resultado. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.781.663/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2020, DJe 08/10/2020; AgRg no AREsp. 277.086/BA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; RMS 34.576/RN, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 14/09/2011.

Ainda na mesma senda, “esta Corte Superior, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, já consagrou o entendimento segundo o qual é inadmissível a realização de fases (testes, exames) de concursos públicos para provimento de cargos em caráter irrecorrível.”

No mesmo julgado, o relator afastou expressamente a aplicação da máxima de que "o edital faz lei entre as partes", consignando que esta não prevalece quando a norma editalícia viola normas de status constitucional.

E, ainda, no âmbito do STJ, foi o Ministro Mauro Campbell Marques – hoje Corregedor Nacional de Justiça – nos autos do Resp de n. 1.735.392:

"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pródiga em reconhecer ao candidato de concurso público o direito de recorrer de resultados desfavoráveis aos exames a que se submeteu, nessa compreensão havendo incluir-se eventual prova oral, assim por que devido o fornecimento da gravação do áudio realizada no dia da respectiva sessão de avaliação, a fim de que o candidato possa ter conhecimento dos motivos pelos quais houve a banca examinadora de não o aprovar e, se do seu alvedrio, buscar a impugnação disso." (REsp n. 1.735.392/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 29/8/2018)

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do MS 32042/DF (Info 756), advertiu que a tese da irretratabilidade da nota atribuída ao candidato no exame oral, se admitida, equivaleria à irreversibilidade, pela via administrativa, de todos os atos praticados pela comissão examinadora, criando "campo fértil para a prática de toda sorte de irregularidades e abusos".

Aliás, veja ementa do julgado:

“O entendimento externado na decisão impugnada, **segundo o qual a irretratabilidade da nota atribuída ao candidato no exame oral redundaria no não cabimento de recurso administrativo, não prospera. Essa proposição, se admitida, equivaleria à irreversibilidade, pela via administrativa, de todos os atos praticados pela comissão examinadora do concurso, não apenas aqueles relacionados ao mérito das questões formuladas e à valoração das respostas apresentadas pelos candidatos, que, por certo, justificam essa proteção. Seria criado, com isso, campo fértil para a prática de toda sorte de irregularidades e abusos, pois, escudada na pretensa irrecorribilidade de seus atos e na soberania de sua avaliação, poderia a comissão examinadora favorecer candidatos ou mesmo praticar graves perseguições. Não é isso, contudo, que se tem presente.**

(...)

Ressalte-se que a inquirição sobre pontos jurídicos diversos daqueles atribuídos previamente por sorteio frustra a previsibilidade dos candidatos, desestabilizando-os e colocando-os em situação de desigualdade em relação aos demais. Não se pode, portanto, a pretexto de assegurar a independência da comissão examinadora do concurso, desviar o olhar da ilegalidade apontada.”

4.4. O Afastamento da Preclusão por Não Impugnação Prévia do Edital

Do outro lado, **eventual alegação de que o candidato teria precluído seu direito de impugnar a vedação de recurso por não ter questionado o edital antes de sua aplicação concreta não merece acolhida.**

O Conselho Nacional de Justiça já decidiu que a intervenção do órgão de controle **“é perfeitamente cabível, haja vista a flagrante ofensa aos princípios da legalidade, razoabilidade e finalidade, que causou efetivo prejuízo aos candidatos, só constatado com a aplicação concreta da fórmula, afastando terminantemente o argumento de preclusão”** (PCA 0009868-02.2018.2.00.0000).

O próprio STJ, no RMS 56.639/RS, foi categórico ao afirmar que **“os editais de concursos públicos não estão acima da Constituição Federal ou das leis que preconizam os princípios da impessoalidade, do devido processo administrativo, da motivação, da razoabilidade e proporcionalidade. Do contrário, estaríamos diante verdadeira subversão da ordem jurídica”.**

5. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DO ATO IMOTIVADO

5.1. A Exigência de Motivação Contemporânea

Uma **questão crucial que se coloca é a possibilidade de a banca examinadora, após provocação judicial ou administrativa, divulgar tardiamente os espelhos de correção e padrões de resposta.** A resposta, contudo, é negativa.

Conforme consolidada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, incorporada pela jurisprudência do STJ, **“a referida motivação deve ser apresentada anteriormente ou**

concomitante à prática do ato administrativo, pois caso se permita a motivação posterior, dar-se-ia ensejo para que fabriquem, forjem ou criem motivações para burlar eventual impugnação ao ato".

A ilustre Professora e que já foi Conselheira do CNMP, Fernanda Marinela, é enfática ao afirmar que **"para os atos administrativos em que a motivação é obrigatória, e esta não for realizada, o ato será ilegal e deve ser retirado do ordenamento jurídico, ocorrendo o mesmo quando a motivação é apresentada após a prática do ato".**

5.2. A Vedação à Construção Posterior de Motivos

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 49.896/RS, foi categórico ao estabelecer que:

"Não se deve admitir como legítimo, portanto, a prática imotivada de um ato que, ao ser contestado na via judicial ou administrativa, venha o gestor 'construir' algum motivo que dê ensejo à validade do ato administrativo."

Dessa forma, **nem seria admissível que a comissão fundamentasse sua avaliação apenas ao apreciar eventuais recursos administrativos interpostos, seja porque o ato administrativo já estaria viciado desde a origem** (ou seja, a partir da publicação do resultado preliminar), seja porque os fundamentos do recurso administrativo não se confundem com os critérios de avaliação das provas em questão.

5.3. A Solução Jurídica: Anulação e Realização de Nova Prova Oral para os candidatos prejudicados

Diante da impossibilidade de convalidação do ato imotivado, **a solução jurídica adequada é a anulação da prova oral e a determinação de realização de nova avaliação**, desta vez com a observância de todos os requisitos de transparência e motivação.

Foi exatamente o que decidiu **o STJ no RMS 70.183/MS, ao anular a prova oral de candidato no Concurso de Delegado de Polícia Civil, determinando a realização de nova avaliação, com ordem de motivação adequada da nota atribuída a cada item de avaliação, bem como conferido prazo para recurso de mérito quanto ao resultado.** Veja trecho do dispositivo da decisão:

"No caso em exame, embora o edital previsse o recurso administrativo, restringiu a sua interposição a erros materiais, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito, que resguarda o direito de petição, bem como o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser oportunizado ao ora recorrente o direito de recorrer quanto ao mérito das notas a ele atribuídas na prova oral a qual foi submetido.

Pelas razões acima expostas, aliás, entendo não ser aplicável ao caso a consagrada máxima de que "o edital faz lei entre as partes", pois esta não prevalece quando a norma editalícia viola normas de status constitucional.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, TORNO SEM EFEITO a decisão de e-STJ fls. 306/312 e DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário para reformar

o acórdão recorrido, declarando-se nula a prova oral do impetrante e determinando a realização de nova avaliação, na qual seja especificada, individual e motivadamente, a nota atribuída a cada item de avaliação, bem como conferido prazo para recurso de mérito quanto ao resultado, e, caso aprovado, sejam marcadas novas datas para a realização das fases seguintes.”

E, de igual modo, no RMS 58373/RS, o STJ anulou a prova prática de sentença cível e criminal do concurso para Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, consignando que:

"Somente após a interposição do recurso administrativo é que a Administração apresentou, de forma detalhada, as razões utilizadas para a fixação das notas dos candidatos, invertendo-se a ordem lógica para o exercício efetivo do direito de defesa em que primeiro o candidato deve ter conhecimento dos reais motivos do ato administrativo para depois apresentar recurso administrativo contra os fundamentos empregados pela autoridade administrativa."

A jurisprudência do CNJ também já formou precedente (PCA 0007438-38.2022.2.00.0000) no sentido de que a reaplicação da prova oral, em casos de ilegalidade, **"só deve ser realizada para os candidatos efetivamente prejudicados, sem afetar as provas dos demais candidatos"**, em respeito ao princípio da isonomia:

"O CNJ tem entendimento sedimentado de que, em casos de ilegalidade e desrespeito ao edital, a reaplicação da prova oral só deve ser realizada para os candidatos efetivamente prejudicados, sem afetar as provas dos demais candidatos, porque a reaplicação do exame, sem qualquer critério de distinção, conferindo tratamento igual a indivíduos que se encontravam em posições jurídicas desiguais, revela clara violação ao princípio da isonomia, rompendo a correlação lógica entre o critério de diferenciação imposto pelas circunstâncias do caso concreto e aquele utilizado como fator de disparidade pela Comissão do Concurso (fator de desigualação, correlação lógica abstrata e juridicidade)."

6. CONCLUSÃO

A investigação empreendida permite concluir que a prova oral em concursos públicos, conquanto instrumento legítimo para aferição de competências específicas, não constitui exceção ao regime jurídico-administrativo, submetendo-se integralmente aos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal e às garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88).

A análise dos casos paradigmáticos – concurso para Delegado de Polícia Civil de São Paulo (DP-1/2023), XX Concurso para Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região e LXI Concurso do Ministério Público de Minas Gerais – evidenciou padrão sistemático de inobservância dessas garantias, materializado na ausência de notas individualizadas por critério, inexistência de padrão de respostas, indisponibilização de espelhos de correção e vedação ou esvaziamento do recurso administrativo.

Tais práticas configuram vícios de legalidade insanáveis. A ausência de motivação adequada viola os arts. 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, acarretando nulidade dos atos praticados. A vedação editalícia de recurso administrativo é materialmente inconstitucional, e a motivação a posteriori, apresentada apenas em juízo, não possui aptidão para convalidar o ato originariamente viciado.

O controle jurisdicional dessas irregularidades não configura violação à separação dos Poderes, desde que restrito à verificação de legalidade, sem substituição do juízo técnico da banca examinadora.

Em sendo assim, podemos concluir que a etapa oral deve ser revestida do básico jurídico aqui estudado, com a adoção obrigatória de: (i) divulgação de notas parciais por critério avaliativo; (ii) disponibilização de espelho de correção individualizado; (iii) publicação prévia do padrão de resposta; (iv) previsão de recurso administrativo com resposta fundamentada; e (v) gravação integral das provas com disponibilização aos candidatos.

A implementação dessas medidas constitui condição *sine qua non* para a legitimidade democrática dos certames, assegurando transparência, isonomia e possibilidade de efetivo controle dos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 81, de 9 de junho de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos de provas e títulos, para a outorga das Delegações de Notas e de Registro, e minuta de edital.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 14, de 6 de novembro de 2006. Dispõe sobre Regras Gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS n. 60.971/RS. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 08/04/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS 70183. Rel. Min. Gurgel de Faria. Publicado em 27/04/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 49.896/RS. Rel. Min. Og Fernandes. Segunda Turma. Info 603.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 56.639/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Red. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJe 09/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 58373/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe 12/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 814.379-AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. DJe 19/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32042/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Julgado em 26/08/2014. Info 756.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 1005600-81.2018.4.01.3300. Rel. Des. Federal Souza Prudente. 5ª Turma. DJe 18/02/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AI 5011539-47.2023.4.03.0000. Rel. Valdeci dos Santos. 6ª Turma. DJe 04/09/2023.

SÃO PAULO. Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

SÃO PAULO. Decreto nº 60.449, de 15 de maio de 2014. Regulamenta os procedimentos relativos à realização de concursos públicos.