



LUCIANO HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA

**LEI GERAL DE CONCURSOS PÚBLICOS: PODER DE
INICIATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONTEÚDO
NORMATIVO**

Brasília – DF
2012

LUCIANO HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA

LEI GERAL DE CONCURSOS PÚBLICOS: PODER DE
INICIATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONTEÚDO
NORMATIVO

Monografia apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Mamede Said Maia Filho

Brasília – DF
2012

DEDICATÓRIA

À minha esposa Keila Costa, que me apoia em todos os meus projetos, sempre com imenso amor, carinho e compreensão.

LEI GERAL DE CONCURSOS PÚBLICOS: PODER DE INICIATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONTEÚDO NORMATIVO

LUCIANO HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA

RESUMO

A despeito da grande importância dos concursos públicos, até hoje não foi aprovada uma lei federal que regulamente o procedimento. Uma lei nacional sobre o tema pode contribuir para a redução das irregularidades que ocorrem em concursos de todo o país. O presente trabalho apresenta os principais pontos a serem regulamentados por essa lei. Atualmente cada ente federativo possui competência específica para legislar sobre seus concursos. Uma emenda à Constituição poderia atribuir competência à União para editar normas gerais sobre o assunto. Discute-se também se a iniciativa de leis sobre concursos públicos seria ou não exclusiva do chefe do Poder Executivo.

Palavras-chave: concursos públicos; normas gerais; iniciativa de lei.

ABSTRACT

Despite of the great importance of public examinations, no federal statute regulating the procedure has been passed so far. A national law about it may help to reduce irregularities in public examinations across the country. This essay presents the main points to be regulated by that law. Currently each federative entity has specific competence to legislate about public examinations. An amendment to the Constitution would give competence to the Union to edit general rules on the subject. It is also discussed if bill introduction on public examinations would be exclusive or not of the head of the Executive Branch.

Key words: public examinations; general rules; bill introduction.

LEI GERAL DE CONCURSOS PÚBLICOS: PODER DE INICIATIVA, ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONTEÚDO NORMATIVO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO TEMA

1. CONCEITOS INICIAIS

- 1.1. Federação e Repartição de Competências
- 1.2. Processo Legislativo e Iniciativa de Projetos de Lei
- 1.3. Concursos Públicos

2. PRINCIPAIS PROBLEMAS NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

- 2.1. Ofensa à Publicidade e à Transparência do Concurso
- 2.2. Ofensa ao Princípio da Isonomia Entre os Candidatos
- 2.3. Problemas na Elaboração das Questões
- 2.4. Desrespeito aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa
- 2.5. Irregularidades nas Nomeações dos Aprovados
- 2.6. Problemas na Atuação do Poder Judiciário em Matéria de Concursos Públicos

3. ATUAL ESTÁGIO DA LEGISLAÇÃO SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS

- 3.1. Normas em Vigor
- 3.2. Normas Federais em Tramitação Legislativa
- 3.3. Normas Declaradas Inconstitucionais

4. PROPOSTAS NORMATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

- 4.1. Aprovação de Emenda Constitucional que Atribua à União Competência para Legislar sobre Normas Gerais de Concursos Públicos e Faculte ao Poder Legislativo a Iniciativa de Leis sobre Concursos
- 4.2. Edição de Uma Lei Geral de Concursos Públicos
- 4.3. Conteúdo Normativo da Lei Geral de Concursos Públicos
 - 4.3.1. Seleção da Instituição Organizadora
 - 4.3.2. Publicidade do Edital
 - 4.3.3. Isonomia e Não Discriminação de Candidatos
 - 4.3.4. Cadastro de Reserva e Oferta Simbólica de Vagas
 - 4.3.5. Taxa de Inscrição
 - 4.3.6. Bibliografia e Jurisprudência de Referência
 - 4.3.7. Aplicação das Provas

4.3.8. Conteúdo e Correção das Questões

4.3.9. Avaliação de Títulos

4.3.10. Recursos

4.3.11. Convocação dos Aprovados

4.3.12. Controle Jurisdicional dos Concursos Públicos

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO AO TEMA

Segundo o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público. Assim, aquele que pretende assumir um cargo efetivo ou emprego permanente dos quadros da Administração Pública deve, antes da investidura, ser aprovado em concurso público, realizado previamente à admissão do novo pessoal pelo Poder Público.

Tal procedimento administrativo consagra os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37 da nossa Carta Magna. O inciso II citado reza ainda que concurso deve ser de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. Nota-se, assim, que a seleção de pessoal deve ser feita de forma impessoal, com base na meritocracia, com a admissão dos vencedores na disputa.

Desse modo, pode-se definir concurso público como o procedimento administrativo destinado a selecionar, por meio de provas ou provas e títulos, os indivíduos mais aptos à investidura em cargo público efetivo ou emprego público permanente da Administração Pública.

O concurso público é instituto de vital importância para a democracia brasileira. Permite que o preenchimento dos quadros da Administração seja feito de forma justa, imparcial e meritória. Faculta a todo cidadão que deseja participar das políticas públicas o acesso às funções administrativas. Proporciona ainda a oportunidade de exercício de atividades fundamentais do Estado, como a função jurisdicional, a docência superior e a atividade legislativa.

Atualmente têm ocorrido inúmeras irregularidades na realização de concursos públicos, principalmente na esfera municipal, com franca ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, o que tem gerado injustiças entre os concorrentes e desvirtuamentos dos objetivos do concurso, com nítido prejuízo para os candidatos, para a Administração e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo. Na esfera federal, essas situações têm sido menos numerosas, mas, ainda assim, alguns casos têm sido verificados.

Além disso, a despeito da grande importância do instituto do concurso público como instrumento democrático, até hoje não foi promulgada uma lei que regulamente o procedimento, lei essa prevista no art. 37, II, da CF/88, que dispõe que o concurso público será realizado na forma prevista em lei. A situação se agrava quando percebemos os sérios problemas que, conforme será demonstrado ao longo desta monografia, vêm ocorrendo com cada vez maior frequência.

A produção doutrinária em matéria de concursos públicos, embora não seja abundante, tampouco é escassa, como citaremos neste trabalho. Do mesmo modo, há já no seio dos tribunais brasileiros um significativo número de decisões jurisdicionais e construções jurídicas sobre concursos públicos. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência parecem não estar sendo suficientes para conscientizar os órgãos públicos e as instituições organizadoras da necessidade de se adotar preceitos rígidos na realização dos certames, a fim de garantir a isonomia e a moralidade das disputas.

Faz-se mister, assim, a elaboração de uma norma legal que venha, se não a coibir imediatamente – pois é sabido que a mera existência da norma não é garantia de sua efetividade –, fazer nascer a reflexão na mente dos indivíduos, governantes e magistrados, quanto à importância da adoção de rígidas regras na realização dos concursos públicos, para que, com o passar dos anos, finalmente se chegue a um estágio de amadurecimento político que torne efetivas as normas que disciplinam esses certames, materializando, por fim, os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade nos concursos públicos.

Um ponto importante a destacar é que os concursos públicos não deixam de ter similitude com os procedimentos de licitação pública, estes destinados a selecionar a proposta mais vantajosa para uma futura contratação de obras, serviços ou compras da Administração, aqueles direcionados a escolher os indivíduos mais aptos à realização das atribuições relativas aos cargos e empregos públicos. Em termos de disciplinamento legal, contudo, é nítida a diferença entre os dois institutos: enquanto a licitação possui regras legais desde antes da CF/88 (Decreto-Lei n.º 2.300/1986, posteriormente revogado e substituído pela Lei n.º 8.666/1993, atualmente em vigor), os concursos públicos não possuem uma lei que os regule, ficando à total discricionariedade administrativa o estabelecimento, por edital, das regras que regerão o certame.

Assim, nossa proposta é a edição de uma lei que venha a regulamentar de forma ampla os concursos públicos, a fim de, se não eliminar, ao menos reduzir a quantidade de irregularidades que ocorrem nesses procedimentos, bem como fornecer uma base legal segura para que os juízes possam resolver de forma justa e objetiva os litígios judiciais que envolvem a realização de concursos públicos.

Nesse sentido, defendemos a fundamental importância da existência de uma Lei Geral de Concursos Públicos que estabeleça regras precisas aplicáveis aos certames e reduza a ocorrência de ilegalidades em sua realização. Aliás, esse tem sido um posicionamento crescente

na sociedade, já tendo despertado o interesse de parlamentares e de representantes da sociedade civil.¹

Nesta monografia, utilizaremos os métodos de: pesquisa bibliográfica, com as principais opiniões doutrinárias sobre concursos públicos; pesquisa jurisprudencial, com diversas decisões de nossos Tribunais sobre litígios na realização de concursos; e observação dos fatos, por meio da análise de irregularidades ocorridas em concursos públicos, noticiadas pela mídia.

Iniciaremos nosso trabalho falando, no Capítulo 1, dos conceitos iniciais, das regras que regem a repartição constitucional de competências legislativas em nossa Federação, para demonstrar a quem compete, atualmente, a elaboração de leis sobre concursos públicos, matéria que servirá de subsídio para esclarecermos qual o âmbito de aplicação de uma lei geral de concursos públicos. Poderia a União editar uma lei sobre o tema que se aplicasse a todas as esferas de governo? Ou cada ente federativo deve publicar sua própria lei de concursos? Tal aspecto será esclarecido ao longo do trabalho.

Nesse capítulo, abordaremos também as principais regras do processo de elaboração das leis (processo legislativo) e os preceitos relativos ao poder de iniciativa de projetos de lei. A ideia é fornecer elementos para a resposta à questão de quem detém a iniciativa de um projeto de lei geral de concursos públicos. Seria ela reservada ao chefe do Poder Executivo? Ou a iniciativa parlamentar seria igualmente admitida? Veremos também.

Por fim, ainda nessa parte, apresentaremos as principais ideias doutrinárias sobre o regime jurídico dos concursos públicos, com a intenção de mostrar como os juristas já se têm ocupado da matéria, o que, juntamente com a apresentação dos problemas reais que ocorrem nos concursos, permitirá identificar os principais pontos que devem ser regulamentados por uma lei geral de concursos públicos.

Em seguida, no Capítulo 2, discorreremos sobre os principais problemas na realização de concursos públicos, procurando evidenciar, conforme dito, a necessidade premente da edição de uma lei de concursos, já que a mera produção doutrinária e a atual jurisprudência sobre o tema não tem sido suficientes para debelar esses problemas.

O Capítulo 3 cuidará do atual estágio da legislação sobre concursos públicos, apresentando e comentando as normas hoje em vigor, as que ainda estão em fase de processo legislativo e as que foram declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, após terem sua

¹ Conforme nota do Portal de Notícias do Senado Federal, foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) dessa Casa, em 30/8/2012, para discutir a elaboração de uma Lei Geral de Concursos Públicos. Durante o evento, representantes de candidatos, instituições organizadoras e empresas ligadas aos concursos defenderam a adoção de uma lei geral. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/08/30/entidades-defendem-regras-claras-e-gerais-para-concursos-publicos>, acesso em 12/9/2012.

vigência iniciada. Veremos as razões que levaram ao entendimento pela inconstitucionalidade nesses casos.

No Capítulo 4, veremos as propostas normativas para a regulamentação dos concursos públicos, inclusive para impedir a declaração de inconstitucionalidade das leis que venham a ser produzidas. Falaremos: da possibilidade de aprovação de uma emenda à Constituição que atribua à União competência para legislar sobre normas gerais de concursos públicos, bem como deixe claro a possibilidade de iniciativa parlamentar nessa matéria; dos procedimentos necessários à edição de uma lei nacional válida (constitucional) sobre concursos públicos; e dos principais pontos que podem ser objeto de uma lei geral de concursos públicos, tendo em vista os problemas que ocorrem hoje nos certames, com o intuito de solucioná-los.

Por fim, apresentaremos as conclusões, em uma síntese das ideias desenvolvidas ao longo de todo o trabalho.

1. CONCEITOS INICIAIS

1.1. Federação e Repartição de Competências

O Brasil é uma Federação. Isso significa que o poder político em nosso território divide-se entre as diversas entidades federativas, as quais possuem autonomia política. Conforme preleciona Sahid Maluf, o que caracteriza o Estado federal é o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação pública de dois governos distintos: o federal e o estadual.² A autonomia política dos entes federativos, segundo Alexandre de Moraes, materializa-se por uma tríplice capacidade: auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.³

Em uma Federação, é preciso definir quais atividades estatais serão prestadas por cada entidade federativa. Essa função é cumprida pela Constituição Federal. Trata-se da distribuição constitucional de competências. Nossa Carta Magna trata da repartição de competências legislativas nos artigos 22 e 24 (União); 25, § 1.º (Estados); 30, I e II (Municípios); e 32, § 1.º (Distrito Federal – DF).

A União possui competência legislativa privativa, em que somente ela pode editar leis sobre determinados assuntos (art. 22), e concorrente, exercida em conjunto com os Estados

² MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*, 2007, p. 167. Acrescente-se, no caso do Brasil, que os Municípios e o Distrito Federal também são considerados entidades federativas, dotadas de autonomia política.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 2007, p. 254.

e o DF, quando legisla simultaneamente com esses entes sobre certos assuntos. Neste caso, a CF/88 estabelece as seguintes regras (art. 24, §§ 1.º ao 4.º):

§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3.º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4.º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF)⁴, ao interpretar os dispositivos acima, o art. 24 da CF/88 compreende a competência estadual concorrente não cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2.º) e a competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3.º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1.º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2.º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). No entanto, sobrevindo a lei federal de normas gerais, esta suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4.º).⁵

Podemos entender por normas gerais as que, editadas pela União, configuram-se como “normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores.”⁶ As normas gerais editadas pela União são de aplicação a todas as esferas de Governo, sendo que os demais entes federativos podem produzir normas específicas que, detalhando aquelas, atendam a suas peculiaridades. Nesse sentido, já decidiu o STF que normas gerais não são normas genéricas, mas normas aptas a vincular todos os entes federados e os administrados.⁷

⁴ ADI 3098/SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 10/3/2006.

⁵ Não podemos nos esquecer da competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, I e II, CF/88).

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2010, pp. 954-955.

⁷ RE 433352 AgR/MG, Segunda Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJe 28/5/2010.

Em outra feita, o STF também declarou⁸, com base em entendimento de Raul Machado Horta, que a nossa Constituição, nas hipóteses de competência concorrente, estabeleceu um sistema de condomínio legislativo entre a União, os Estados e o DF, daí resultando a repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais. Segundo a Corte Máxima, a Carta Política, ao instituir tal sistema, deferiu aos Estados e ao DF, quando inexistir lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender a suas peculiaridades, mas afirmou também que os Estados e o DF não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires* (isto é, além de seus poderes, de suas competências), transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União houver editado, no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria.

Cumpra ainda diferenciar lei nacional de lei meramente federal. Ambas são editadas pela União, mas a lei nacional aplica-se a todos os entes federativos, como ocorre com as matérias de competência privativa da União e as normas gerais da competência concorrente. Já a lei federal aplica-se apenas à própria União, como a lei que institui o Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais (Lei n.º 8.112/1990). Segundo Alexandre Santos de Aragão, quando a União editar normas apenas somente para si mesma, teremos uma lei federal; quando ela legislar para si e os demais entes federativos, haverá uma lei nacional.⁹

Embora não conste de forma expressa na Constituição, cada ente da Federação tem competência para editar suas normas de Direito Administrativo, tendo em vista sua autonomia política e sua respectiva capacidade de auto-organização. Esta é a lição de Alexandre Santos de Aragão¹⁰:

A autonomia administrativa é expressão da autonomia política dos Entes da Federação. Por essa razão cabe a cada Ente federativo dispor sobre sua própria Administração, salvo se a Constituição tiver conferido ao Legislador federal competências para ditar normas de eficácia nacional (ex.: as normas gerais de licitações e contratos da Administração Pública – art. 22, XXVII, CF) (...).

Todavia, no que a Constituição não prever em contrário, a competência para estabelecer as normas de Direito Administrativo é de cada ente da Federação para as suas próprias atividades administrativas.

⁸ ADI 2667 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12/3/2004.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2012, pp. 25-26.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 25.

Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz lecionam que o concurso público guarda íntima conexão com a autonomia político-administrativa das unidades federativas, que gozam de autonomia para dispor sobre a organização de seus serviços e a forma e o meio de admissão aos cargos e empregos de sua estrutura administrativa. Dessa forma, todos os entes federados possuem competência para legislar sobre concursos públicos.¹¹

1.2. Processo Legislativo e Iniciativa de Projetos de Lei

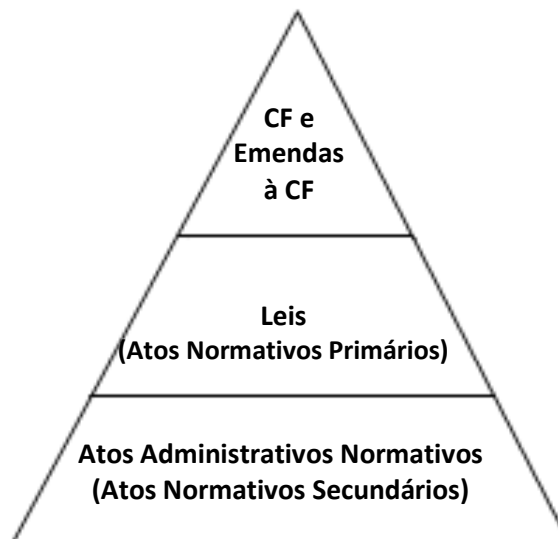
Podemos definir o processo legislativo como o procedimento constitucional realizado pelos órgãos competentes para a produção das leis. Desse modo, conforme relembra Alexandre de Moraes, o desrespeito às normas do processo legislativo acarreta a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, o que possibilita o controle repressivo de constitucionalidade do Poder Judiciário.¹²

A CF/88 estabelece as regras básicas do processo legislativo, isto é, do processo de elaboração de leis em nosso país. Segundo o art. 59 da Carta Magna, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Na verdade, as emendas à Constituição estão no mesmo nível hierárquico que a própria Lei Maior (nível constitucional), já que elas a modificam diretamente. As demais espécies citadas são atos normativos primários, derivados diretamente da Carta Magna e situados em um nível imediatamente abaixo (nível legal). Por fim, temos ainda o nível infralegal, composto por atos normativos secundários, que derivam diretamente das leis. São os chamados atos administrativos normativos, a exemplo dos decretos regulamentares, instruções normativas, portarias e outros atos da Administração Pública de caráter geral e abstrato. A figura abaixo resume o que foi dito:

¹¹ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*, 2007, pp. 11-12.

¹² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 616.



Hierarquia das Normas

Vale destacar que os atos normativos secundários não são aptos a criar o direito, a inovar o ordenamento jurídico e estabelecer direitos e obrigações para os cidadãos. Falta-lhes, assim, o atributo da novidade, conforme ensina Seabra Fagundes.¹³ No mesmo sentido é a lição de José Afonso da Silva¹⁴:

Lei e regulamento são, ambos, normas jurídicas gerais e abstratas, obrigatórias e relativamente permanentes. A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não normatizada, ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada.

Para o STF, as regras constitucionais de processo legislativo são de adoção obrigatória pelos Estados da Federação. Conforme já declarou a Corte Suprema, a Constituição, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe a obrigatória observância dos princípios referentes ao processo legislativo.¹⁵

O procedimento de elaboração das leis ordinárias constitui-se de três fases: introdutória, constitutiva e complementar. A fase introdutória ocorre pela iniciativa da lei, que é

¹³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, p. 34.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2007, pp. 34-35

¹⁵ ADI 1594/RN, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, DJe 22/8/2008.

a competência para apresentar projetos de lei ao Legislativo. Essa competência pode ser parlamentar ou extraparlamentar. Pode ainda ser concorrente entre vários órgãos ou agentes ou exclusiva de apenas um deles.

A iniciativa parlamentar é a exercida pelos membros ou comissões do Poder Legislativo. A iniciativa extraparlamentar, a realizada pelo chefe do Poder Executivo, pelos Tribunais, pelo chefe do Ministério Público ou pelos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição (art. 61, *caput*, CF/88). Será exclusiva ou privativa a iniciativa outorgada a um único órgão ou agente (ex.: leis de iniciativa privativa do Presidente da República – art. 61, § 1.º, CF/88; lei complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura, de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal – art. 93, *caput*, CF/88). Não sendo a matéria sujeita a iniciativa privativa, a apresentação do projeto de lei é de competência concorrente do chefe do Executivo e do Poder Legislativo.

Uma vez apresentado o projeto de lei ao Parlamento, inicia-se a fase constitutiva do processo legislativo, que se divide em deliberação parlamentar e deliberação executiva. A deliberação parlamentar é composta de discussão e votação sobre a matéria nas Casas Legislativas, incluindo a apresentação de emendas pelos parlamentares (proposições que modificam o texto do projeto de lei). Uma vez aprovado o projeto, há a participação do chefe do Executivo (deliberação executiva), por meio da sanção ou veto do texto decretado pelo Legislativo. Sancionado o projeto, ocorre o nascimento da lei.

Finalmente, após a sanção, temos a fase complementar, representada pela promulgação e publicação da lei, sendo que a primeira dá notoriedade à norma; a segunda outorga-lhe eficácia.

A questão que se coloca é a quem compete a iniciativa de projetos de lei que tratem de concursos públicos. Há uma discussão sobre esse assunto, em função de o art. 61, § 1.º, II, “c”, da CF/88 estabelecer que as leis que disponham sobre provimento de cargos públicos são de iniciativa privativa do Presidente da República:

Art. 61.....

§ 1.º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Desse modo, surgiu o entendimento de que a matéria sobre concursos públicos seria relacionada a provimento de cargos e, portanto, estaria sujeita à iniciativa privativa do Executivo, não podendo, assim, haver a tramitação de projetos de lei de iniciativa parlamentar sobre o assunto. Discutiremos esse assunto adiante.

1.3. Concursos Públicos

Não há dúvidas de que o instituto do concurso público representa importante instrumento de nossa democracia. Por meio dele, os cidadãos em geral podem ter acesso aos cargos públicos, participar da administração do Estado e contribuir, com seu trabalho, para a melhoria do padrão da administração pública, com reflexos na qualidade de vida da população em geral. Quanto a tal aspecto, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz destacam que o Brasil, nos últimos anos, tem experimentado uma mudança na mentalidade do setor público, cujas consequências, do ponto de vista do desenvolvimento nacional, revelam o concurso público como instrumento imprescindível para a seleção de profissionais à altura do mister público. Isso porque o desenvolvimento nacional passa necessariamente pela valorização do servidor e, conseqüentemente, do concurso público, que constitui a ferramenta constitucional ao alcance dos cidadãos para o acesso democrático ao Poder Público.¹⁶

Os princípios do livre acesso aos cargos públicos e do concurso público para tal acesso estão hoje consagrados no art. 37, I e II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

Art. 37.....

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Hely Lopes Meirelles comenta que a Constituição assegura aos brasileiros o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I), condicionando essa

¹⁶ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Op. cit.*, pp. 1-2.

acessibilidade ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei.¹⁷ O saudoso autor assim define o instituto do concurso público¹⁸:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.

Observe-se que o concurso público não é um mero ato da Administração. É um procedimento administrativo, isto é, uma sequência ordenada de atos, dirigida à obtenção de uma finalidade: a admissão dos indivíduos mais competentes e qualificados para integrarem os quadros do serviço público. Nesse sentido, Diogenes Gasparini frisa que o concurso é um procedimento que se destina à obtenção de um só resultado final: a seleção, dentre os vários candidatos, daqueles que melhor possam atender ao interesse público.¹⁹ Ele acrescenta que o que efetivamente se quer com o concurso público é a seleção dos melhores candidatos, os mais dotados em conhecimento e aptidão para o desempenho do cargo, observados os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa.²⁰

Quanto aos princípios, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, advertem que o concurso público, como instituição humana, está sujeito a vícios e, para evitar abusos de poder, deve-se observar rigorosamente os princípios jurídicos, mormente a igualdade, a probidade e a razoabilidade, sob pena de se restabelecer o espírito dos medievais processos seletivos, transformando-se os cargos públicos em objeto venal e suscetível de influência discricionárias, políticas e econômicas.²¹

Nota-se, assim, a necessidade de haver formalismo nos concursos públicos, a fim de serem asseguradas a igualdade e a moralidade em sua realização, ficando evidente a importância de haver uma rígida regulamentação sobre o procedimento, seja para impedir a ocorrência de desvios, seja para fornecer ao Judiciário uma base segura de aferição de legalidade, por ocasião do controle jurisdicional sobre os concursos. Nesse sentido, Hely Lopes

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2007, pp. 433-434.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pp. 436.

¹⁹ GASPARINI, Diogenes. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, 2007, pp. 22-23.

²⁰ GASPARINI. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Op. cit.*, p. 36.

²¹ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, *Op. cit.*, p. 6.

Meirelles destaca²² a necessidade da existência de uma regulamentação legal sobre os concursos públicos:

Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. Suas normas, desde que conformes com a CF e a lei, obrigam tanto os candidatos quanto a Administração.

Em relação à necessidade de formalidade nos concursos públicos, Romeu Felipe Bacellar Filho expressa que, mesmo não sendo o concurso a melhor forma de seleção de pessoal, ele representa a melhor opção até hoje concebida, possibilitando ampla participação dos que reúnam as condições exigidas na competição. Desse modo, entende o autor que não há como flexibilizar o concurso, que se deve constituir em um procedimento formal, sujeito a imposições constitucionais rigorosas.²³

Já Adilson Abreu Dallari frisa²⁴ a necessidade de haver uma lei que regulamente os concursos públicos:

Por sua vez, as regras que disciplinam a elaboração do edital devem ser estabelecidas por lei, dado que a Constituição Federal estipula, em seu art. 5.º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, configurando assim o chamado princípio da Legalidade. Mas a estipulação, por lei, das regras condicionadoras do edital não corresponde apenas ao mero atendimento formal do mencionado dispositivo constitucional. A exigência de lei, em sentido estrito, disciplinando a realização do concurso, está diretamente ligada à observância concreta do princípio da isonomia.

Já foi dito que o concurso público possui similitude com a licitação pública. Quanto a esse aspecto, Adilson Abreu Dallari destaca que o concurso está para o provimento de cargos assim como a licitação está para a seleção de contratantes com a Administração. Na licitação, seleciona-se alguém para um específico fornecimento, prestação de serviço ou execução de obra; no concurso, para uma futura nomeação no regime estatutário ou contratação no regime

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 437.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *In: Motta, Fabrício (Coord.), Op. cit.*, p. 73.

²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *In: Motta, Fabrício (Coord.), Op. cit.*, pp. 94-95.

celetista.²⁵ Contudo, a licitação possui hoje lei ordinária própria que estabelece rigorosamente suas modalidades e procedimentos (Lei n.º 8.666/1993), enquanto o concurso público se insere em um contexto de total lacuna legislativa.

Uma grave questão é quanto à elaboração das questões, muitas vezes carregadas de alto grau de ambiguidade e subjetividade, o que impede que um candidato – ainda que domine o assunto – consiga chegar à resposta que a banca imagina adequada. Quanto a esse aspecto, Weida Zancaner frisa que os testes nos concursos devem ser claros e objetivos e que questões que comportem apreciações subjetivas ou divergências doutrinárias não podem ser utilizadas para aferir conhecimento, pois a imparcialidade do julgamento só existe se o critério de aferição for objetivo.²⁶

Já Márcio Cammarosano destaca que as provas sujeitas à subjetividade do examinador (ex.: provas discursivas e orais) exigem o preestabelecimento dos fatores a serem levados em consideração – ortografia, pontuação, acentuação, encadeamento lógico do raciocínio, conhecimento da matéria, domínio da linguagem etc. –, e os critérios de avaliação de tais fatores.²⁷

Outra questão sensível é quanto a ausência de motivação das decisões das bancas examinadoras. Em geral, os editais de concursos preveem uma fase de recursos administrativos, para que os candidatos questionem os resultados das provas e avaliações e possam, assim, alertar a banca para o erro cometido, a fim de que ela avalie a pertinência das alegações e, se for o caso, corrija a falha apontada.

Não há dúvida de que, muitas vezes, o candidato apenas manifesta seu inconformismo com a nota recebida e apenas pede a revisão de sua prova, sem apresentar fundamentação jurídica ou técnica adequada ao pedido. Sabe-se ainda que esse tipo de recurso costuma cansar os examinadores, que, diante de centenas e mesmo milhares de pleitos de candidatos desesperados em conseguir uma vaga no serviço público, terminam por assumir uma tendência ao indeferimento de todo e qualquer recurso administrativo.

Ocorre, no entanto, que, em meio a tal gama de pedidos infundados, vários outros apontam, com propriedade, falhas em enunciados de questões ambíguas ou desbordantes do conteúdo programático do edital, bem como em gabaritos ou correções de redações, que devem, sim, ser corrigidas pela banca examinadora, já que, neste caso, o recurso não é – como se costuma dizer – um mero “choro” do candidato inconformado. Todavia, o indeferimento tem sido comum nesses casos – e, o que é pior, sem motivação adequada da banca, que, quando

²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 118.

²⁶ ZANCANER, Weida. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 168.

²⁷ CAMMAROSANO, Márcio. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 173.

justifica sua decisão, o faz de forma lacônica, padronizada e impessoal –, excluindo injustamente do certame candidatos que deveriam ser aprovados.

Quanto à ausência de motivação das respostas aos recursos administrativos, há, na esfera federal, a Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo federal, a qual dispõe, em seu artigo 50, sobre a motivação dos atos administrativos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

II – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

(...)

V – decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1.º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Muitos entes federativos possuem regras semelhantes, em suas respectivas leis regedoras dos processos administrativos, alguns tendo, inclusive, tão somente incorporado a legislação federal a sua esfera, por meio de lei própria que assim determina.²⁸

Nota-se que o mandamento legal acima é de uma clareza solar: os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública, principalmente os que decidam recursos administrativos, devem ser motivados. E essa motivação deve ser explícita, clara e congruente. Ainda assim, muitas bancas continuam simplesmente a negar recursos administrativos de candidatos, não apresentando as razões de sua decisão ou, quando o fazem, declinando motivação lacônica, vaga e impessoal, que em nada esclarece o porquê da decisão administrativa.

Quanto a esse aspecto, já escrevemos, em outro trabalho²⁹, que é de longa data que candidatos de concursos públicos reclamam da falta de razoabilidade das bancas na análise de recursos. É conhecida a situação de enunciados que contêm mais de uma (ou nenhuma)

²⁸ É o caso da Lei n.º 2.834/2001 do Distrito Federal, cujo art. 1º dispõe que “Aplicam-se aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

²⁹ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *O Contraditório e a Ampla Defesa nos Concursos Públicos*. Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF, 2009, pp. 839-840.

alternativa correta, mas que não são anulados. Outras vezes, os gabaritos são contrários à lei ou à doutrina e, mesmo assim, a instituição não altera as respostas preliminares.

Obviamente, o examinador é humano e sujeito a erros. O que não se pode aceitar é a não modificação dos gabaritos quando esses erros são demonstrados pelos candidatos, mediante a interposição de recursos. Para agravar a situação, raramente as bancas divulgam os fundamentos do indeferimento dos recursos, em clara afronta ao princípio da motivação.

Nesse sentido, Fabrício Motta relembra que a motivação apresenta especial relevância para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Como regra, devem ser motivados todos os atos administrativos, especialmente os discricionários, por ser essa a forma de permitir o controle de todos os seus elementos. Em relação aos concursos, como se está diante da possibilidade de afetar direitos ou interesses, a motivação também deve prevalecer.³⁰

Vale frisar que, ante a ausência de lei regulamentadora, os concursos públicos têm sido regidos unicamente por seu edital de abertura. É a Administração que tem definido, com ampla liberdade, as regras que regerão o procedimento. Todavia, muitas vezes, o estabelecimento das regras editalícias ocorre com ofensa a direitos fundamentais, como a ausência de critérios de correção das provas, a inexistência de fase de recursos administrativos ou a não disponibilização das provas dos candidatos para a interposição desses recursos.³¹ Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz criticam a expressa previsão, em alguns editais de concurso, de vedação de recurso administrativo contra as decisões da banca examinadora. Destacam que a não admissão de recurso contra as deliberações da banca é o mesmo que considerá-la formada por seres humanos infalíveis, o que é uma contradição.³²

Quanto a esse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar sobre os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, preleciona “a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas.”³³ O autor enuncia o princípio da revisibilidade nos processos

³⁰ MOTTA, Fabrício. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 149.

³¹ Um exemplo é o concurso de Auditor do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, realizado em 2007, pela Escola de Administração Fazendária (Esaf), cujo item 9.5 do edital regulador assim dispunha: “9.5 – O resultado da prova oral será publicado no Diário Oficial do Estado de Goiás, não se admitindo recurso desse resultado, dada a característica de singularidade de que é revestido.” (disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/concursos/concursos_selecoes/TCE-GO-2007/TCE-GO-2007.htm, acesso em 17/9/2012).

³² MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, *Op. cit.*, p. 140.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p. 111.

administrativos, dizendo que ele consiste “no direito de o administrado recorrer da decisão que lhe seja desfavorável.”³⁴

Outra situação preocupante é a da oferta de vagas nos editais dos concursos. Não há dúvidas de que o quantitativo de cargos ou empregos em disputa é informação fundamental para o candidato. Nesse sentido, Francisco Lobello de Oliveira Rocha destaca que, para que os candidatos possam definir se têm interesse em concorrer às vagas oferecidas, o edital deve conter, entre outras informações relevantes, o número total de vagas existentes, bem como o de vagas reservadas aos deficientes físicos.³⁵

Não obstante, tem sido comum a publicação de editais de concursos sem a definição do número de vagas. É o chamado cadastro de reserva, que tem sido objeto de críticas da doutrina, havendo inclusive projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, visando à sua proibição.³⁶

É interessante notar que, na esfera federal, o art. 39, I, do Decreto n.º 3.298/1999 exige expressamente que os editais de concursos públicos contenham o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência. No entanto, o art. 12 Decreto n.º 6.944/2009, terminou por flexibilizar esse ponto, ao dispor que, excepcionalmente, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro de reserva para provimento futuro.

Quanto ao cadastro de reserva, Agapito Machado Júnior leciona que sua adoção deve ser feita com parcimônia, pois não se justifica a realização do concurso sem a atual existência de vagas e sem a perspectiva plausível de criação delas no prazo de validade do certame. Ele destaca que, se o concurso é realizado para prover vagas futuras ainda não existentes, deve haver forte evidência de que elas surgirão, pois, do contrário, haverá gasto à toa de dinheiro público, com lesão aos princípios da eficiência e da moralidade, este último em razão do possível intuito meramente arrecadatório da Administração.³⁷ Já Diogenes Gasparini defende que o concurso só pode ser aberto se houver cargos vagos, pois é a necessidade do

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 482.

³⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira Rocha. *Regime Jurídico dos Concursos Públicos*, 2006, p. 21.

³⁶ Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 369/2008, que veda a realização de concurso público exclusivo para a formação de cadastro de reserva. Esse projeto já foi aprovado pelo Senado Federal e está em fase de revisão na Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87661, acesso em 18/9/2012.

³⁷ MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos*, 2008, p. 143.

preenchimento desses cargos que justifica o certame. Não existindo cargo vago e desejando-se a ampliação do quadro funcional, deve-se antes criar os cargos e depois abrir o concurso.³⁸

A questão do cadastro de reserva se agravou depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 598099/MS, de que os candidatos aprovados dentro das vagas inicialmente ofertadas no edital têm direito subjetivo à nomeação. Destaquemos um trecho da importante ementa desse acórdão paradigma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. (...) (RE 598099/MS, Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 3/10/2011)

Diante desse quadro, a Administração, para não perder a liberdade de decisão quanto ao número de novos servidores que serão admitidos, tem publicado seus editais de concurso sem previsão do número de vagas, estabelecendo apenas que o certame se destina a constituir cadastro de reserva, mesmo havendo dezenas de cargos vagos. Tem sido contornado, assim, o entendimento do STF, mantendo-se a discricionariedade do órgão ou entidade administrativa em relação ao quantitativo de nomeados.

Na maioria dos casos, a Administração sabe quantos cargos vagos tem em seus quadros, mas decide não divulgar tal informação no edital do concurso. Raros são os casos em que o concurso é feito para vagas inexistentes, única situação em que – talvez – seria possível admitir o cadastro. Desse modo, além de configurar comportamento da Administração que destoa da boa-fé, a adoção do cadastro de reserva nos concursos públicos fere a impessoalidade, pois o Poder Público passa a ter o poder de decidir nomear ou não os aprovados, quando seus nomes já são conhecidos.

Quanto ao tema, Luciano Ferraz expressa que de nada adiantaria definir regras legais para os concursos, se a Administração pudesse deixar de nomear os aprovados, repetindo

³⁸ GASPARINI, Diogenes, *In*: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 178.

sucessivamente a disputa, até que fossem selecionados os indivíduos que atendessem às querências da autoridade administrativa.³⁹

Em outro trabalho⁴⁰, também já nos manifestamos contra o cadastro de reserva, dizendo que a exclusiva adoção do cadastro nos concursos públicos contraria frontalmente o entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital têm direito subjetivo à nomeação e esvazia o novo entendimento moralizador de nossos Tribunais. Neste caso, para evitar o surgimento do direito do candidato a ser nomeado, basta que a Administração não divulgue o quantitativo de vagas, anunciando tão somente que o concurso se destina à formação de cadastro de reserva.

Vale frisar que a abertura de concursos sem a definição do número de vagas representa ofensa à impessoalidade. A decisão de quantos candidatos nomear não pode ser deixada à completa discricionariedade da Administração. Não há impessoalidade na decisão quanto ao número de pessoas que serão investidas no cargo ou emprego, depois de conhecidos os nomes dos aprovados.

Note-se também que, ainda que seja instituída por lei a proibição do cadastro de reserva nos concursos públicos, isso não resolverá o problema, pois a Administração continuará a poder abrir concursos com oferta irrisória de vagas, apenas para descaracterizar o certame como procedimento destinado exclusivamente à composição do cadastro (ex.: concurso com uma vaga, quando existem centenas de cargos vagos no órgão).

No tocante ao controle jurisdicional do concurso público, um problema que vem ocorrendo é a alegação dos magistrados de que não podem analisar as demandas sobre concursos, por se tratar de questões de mérito administrativo, insindicáveis pelo Poder Judiciário. Ocorre que nossos juízes, algumas vezes, não verificam efetivamente o teor do litígio, limitando-se a decidir que o assunto, por envolver provas de concurso público, é questão de mérito administrativo, não conhecendo da ação ou considerando improcedente o pedido. Configura-se assim uma situação de negativa de prestação jurisdicional ao cidadão-candidato que, ao buscar socorro no Judiciário, se vê desamparado pelo Estado e à mercê das bancas examinadoras, conforme já foi identificado por representantes do Senado Federal.⁴¹

Quanto ao assunto, Márcio Cammarosano ressalta o fato de que apenas recentemente a doutrina tem voltado a atenção para o tema do controle judicial da

³⁹ FERRAZ, Luciano. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 250.

⁴⁰ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva, *A Inconstitucionalidade do Cadastro de Reserva nos Concursos Públicos*, Jus Navigandi, 2010.

⁴¹ Conforme discurso proferido pelo Senador Rodrigo Rollemberg, em 14/8/2012, no Plenário do Senado Federal. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=394459>, acesso em 17/9/2012.

discrecionariedade administrativa, lembrando as lições de Almiro de Couto Silva, para quem o concurso público é um procedimento no qual deve existir a possibilidade de controle jurisdicional dos critérios de correção das provas, sob pena de poder transformar-se em fraude e burla dos interesses dos competidores.⁴² Márcio Cammarosano afirma ainda que⁴³:

Concursos públicos envolvem aspectos de discrecionariedade e de vinculação, e qualquer ofensa ao direito deve ser proclamada em sede administrativa ou judicial. E por ofensa ao direito entenda-se ofensa ao regime jurídico dos concursos públicos, consubstanciado em princípios e regras a que já fizemos referência.

É certo que não cabe ao Judiciário substituir as bancas examinadoras, invadir o campo de liberdade, maior ou menor, que assista ao administrador público, isto é, o mérito do ato administrativo. Mas também é certo que é problema de legalidade saber se assiste ou não, aqui e ali, margem de liberdade que se supõe ou se afirma existir, assim como é questão de legalidade dizer quais os limites do campo de liberdade que se possa reconhecer existente.

Com efeito, invocar discrecionariedade quando só houver vinculação, ou escudar-se no exercício de competência discrecionária para ir além dos limites que sempre se há de reconhecer e fixar, não aproveita ao administrador para eximir-se do controle de legalidade dos atos que expede, das decisões que adota e implementa.

Quanto ao controle administrativo e jurisdicional dos concursos, Hely Lopes Meirelles ensina que caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos, limitada ao aspecto da legalidade da constituição das bancas examinadoras e dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV).⁴⁴ Já Francisco Lobello de Oliveira Rocha destaca que a mera atribuição em abstrato da prerrogativa de decisão ao agente público não exclui o controle jurisdicional sobre ela, podendo o Judiciário verificar se a discrecionariedade persistiu diante do caso concreto e se a decisão tomada estava entre as juridicamente possíveis.⁴⁵

Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz ressaltam que existe ainda resistência de nossos Tribunais em conferir um maior controle de legalidade da formulação e avaliação das questões objetivas de concursos, sob o fundamento que não é dado ao Judiciário substituir-se à banca examinadora. Por outro lado, destacam que ultimamente o Judiciário tem,

⁴² CAMMAROSANO, Márcio. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 177-178.

⁴³ CAMMAROSANO, Márcio. In: MOTTA, Fabrício (Coord.), *Op. cit.*, p. 178-179.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 437.

⁴⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira Rocha. *Op. cit.*, p. 21.

aos poucos, deixado de aplicar tal entendimento em situações que evidenciam de forma patente o equívoco da banca examinadora, pois, neste caso, não se cuida de substituição dos critérios da Administração pelos do Poder Judiciário, mas de conformação da conduta da banca ao princípio da legalidade e aos parâmetros técnicos e científicos das provas objetivas.⁴⁶

Quanto ao controle jurisdicional das provas discursivas, esses mesmos autores expressam que, como tais questões se destinam a examinar o senso lógico-criativo dos candidatos em sua resolução, de modo que seu critério de avaliação e correção é dotado de maior discricionariedade, é impossível delimitar de plano, dentre o universo de parâmetros cientificamente aceitáveis e tecnicamente razoáveis, a solução que melhor atenda aos desígnios da banca examinadora. Não obstante, eles ressaltam que a banca deve estabelecer parâmetros mínimos e objetivos para a correção das provas discursivas, em atenção ao princípio da motivação e ao direito dos candidatos à interposição de recursos administrativos.⁴⁷

Por fim, em relação ao controle jurisdicional das provas orais, eles constatarem que a forma como vêm sendo conduzidas essas provas tem inviabilizado o acesso efetivo dos candidatos ao Judiciário, em razão da ausência de motivação dos resultados, o que impossibilita, inclusive, a interposição de recurso administrativo perante a própria comissão de concurso.⁴⁸ Tal situação – eles destacam – ofende os princípios que informam o concurso público e revelam a potencialidade lesiva da prova oral em desfavor dos direitos dos candidatos.⁴⁹

Uma questão que se coloca é o controle jurisdicional das questões que envolvem conhecimento técnico não jurídico, naturalmente fora do âmbito de conhecimento do juiz. Tal situação não deve servir de argumento para a inviabilidade de controle jurisdicional, pois, sendo o caso, é possível solicitar a realização de perícia sobre a questão. A prova pericial é comum nos processos judiciais e não há motivo para não se admiti-la também nas ações que discutem a legalidade das questões de concursos. Por exemplo, a ausência de resposta certa em uma questão objetiva sobre assunto técnico é fato que só pode ser verificado com exatidão por um perito na respectiva área de conhecimento. Nada mais lógico, portanto, que o juiz defira a prova pericial, neste caso, e decida com base no laudo técnico fornecido pelo perito.

Quanto ao assunto, Francisco Lobello de Oliveira Rocha discorre sobre o que denomina de “mito da discricionariedade técnica”, segundo o qual, quando a Administração

⁴⁶ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Op. cit.*, p. 198.

⁴⁷ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁸ Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a instituição organizadora não realiza a gravação das provas orais, dificultando, com isso, a análise posterior da prova, para efeito de recurso administrativo e de impugnação judicial contra essa fase do concurso.

⁴⁹ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Op. cit.*, pp. 206-207.

utiliza-se de elementos técnicos na tomada de sua decisão, afasta-se o controle jurisdicional. O autor afirma que o fato de a decisão considerar elementos não jurídicos não caracteriza uma decisão de mérito, nem torna inviável o controle jurisdicional do ato administrativo. Ele defende que, se a controvérsia versar sobre matéria estranha ao Direito, o juiz poderá valer-se de prova pericial, mas jamais se negar a conceder a tutela jurisdicional pretendida, sob o argumento de que não poderia interferir no mérito do ato administrativo.⁵⁰

Em razão do exposto, nota-se a relevância da regulamentação dos concursos públicos por uma lei geral sobre o tema. O importante instituto democrático do concurso não pode mais ter suas regras submetidas unicamente à discricionariedade – muitas vezes, falha – do administrador. A vontade do povo – por meio da lei – deve ser o elemento balizador dos certames públicos, em ordem a efetivar a impessoalidade, a moralidade e a eficiência no Poder Público.

Nesse sentido, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz destacam a premente necessidade da elaboração de normas gerais sobre concursos públicos, nos seguintes termos⁵¹:

Julgamos de suma importância a questão relativa à positivação do concurso público, em ordem a eliminar o arbítrio das bancas examinadoras nos procedimentos de seleção e recrutamento de agentes públicos e a conferir maiores garantias para a coletividade.

Com efeito, a ausência de regras claras sobre as etapas procedimentais dos concursos, os prazos e as condições legais para sua deflagração, a constituição das bancas examinadoras, o conteúdo dos editais, a disciplina dos recursos, a sujeição aos princípios da Administração, dentre outros aspectos relevantes, afigura-se-nos uma situação deveras preocupante e plenamente inadmissível na atualidade, o que tem acarretado transtornos de todas as ordens para os administrados, em forma de desvios e desmandos da Administração e das bancas examinadoras, cujo excesso de poder discricionário, que muitas vezes descamba para a arbitrariedade, tem comprometido a seriedade, a imparcialidade e o caráter seletivo dos concursos públicos.

Exsurge, assim, a necessidade de estabelecer normas gerais sobre concursos públicos, pois a omissão estatal em se adotar tal providência funciona, na prática, como uma “delegação normativa” aos editais dos certames, os quais nem sempre são bem elaborados e, muitas vezes, transmudam-se em verdadeiros regulamentos autônomos, visto que não respaldam em uma matriz normativa de índole legal.

⁵⁰ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira Rocha. *Op. cit.*, pp. 21-22.

⁵¹ MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Op. cit.*, pp. 12-13.

2. PRINCIPAIS PROBLEMAS NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

Conforme foi dito no início deste trabalho, o cenário atual no mundo dos concursos públicos evidencia que a produção doutrinária e o conjunto jurisprudencial têm sido insuficientes para coibir as irregularidades. Várias são os abusos que vêm ocorrendo nos certames, os quais demandam, com certa urgência, a edição de uma norma geral que possa regulamentar os concursos públicos.

Muitas vezes, tais irregularidades decorrem de fraudes, isto é, condutas de má-fé perpetradas por agentes inescrupulosos, em busca de vantagens pessoais, como a compra e venda de gabaritos de provas ou o favorecimento em provas discursivas e orais.

A mídia tem denunciado tais irregularidades, como a reportagem do programa Fantástico, da Rede Globo, que noticiou, em 17/6/2012, os graves problemas que têm ocorrido nos concursos públicos municipais, como venda de vagas e gabaritos, aprovação de parentes e amigos de autoridades públicas em concursos, mesmo sem resolverem as provas, distribuição de propinas a órgãos públicos e instituições organizadoras dos certames e trocas fraudulentas de cartões-resposta.⁵²

Outras vezes, as irregularidades decorrem de falta de competência dos integrantes das instituições organizadoras, que não conseguem conduzir os certames segundo as normas e princípios em vigor, causando verdadeiras injustiças e quebras de isonomia entre os candidatos. Uma solução para isso seria exigir que a contratação da instituição se desse por licitação, na qual seriam definidos requisitos rígidos de habilitação técnica.

Além disso, há uma grande ausência de tratamento uniforme e isonômico nos diversos concursos públicos: cada instituição organizadora apresenta suas próprias regras de realização do certame, veiculadas unicamente nos editais de abertura do procedimento, as quais, frequentemente, não estão em consonância com a CF/88, as leis e os princípios administrativos.

Vejamos as principais irregularidades que ocorrem atualmente nos concursos públicos.

2.1. Ofensa à Publicidade e à Transparência do Concurso

Um caso grave, por dificultar a inscrição dos interessados no concurso público, é a publicação de editais de abertura sem a devida publicidade, por meio da publicação somente na

⁵² Disponível em <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681007-15605,00-GOLPE+TRANSFORMA+CONCURSOS+PUBLICOS+EM+CABIDES+DE+EMPREGO.html>, acesso em 17/9/2012.

imprensa oficial, muitas vezes com prazo exíguo para inscrição. Assim, quando o potencial candidato fica sabendo da abertura do certame, o período de inscrição já está encerrado.⁵³ Além disso, muitos editais veiculam regras ambíguas e de difícil entendimento para o candidato. É comum surgirem dúvidas quanto à exata forma de cálculo das notas das provas, feito por meio de complicadas regras de dupla interpretação.⁵⁴

Outra situação é o oferecimento de consulta aos resultados das provas tão somente de forma individual, sem divulgação da lista geral de aprovados, o que impede o controle do concurso público pelos próprios candidatos e pela sociedade e dá margem a fraudes, como a inclusão favorecida de pessoas que foram mal nas provas ou mesmo nem realizaram o concurso. Finalmente, a abertura de concursos tão somente para cadastro de reserva ou com oferta simbólica e irrisória de vagas, quando existentes vários cargos ou empregos vagos no órgão ou entidade pública, ofende a publicidade, por não se divulgar a informação de quantos aprovados a Administração pretende chamar.

2.2. Ofensa ao Princípio da Isonomia Entre os Candidatos

Em alguns casos, tem ocorrido discriminação de candidatos em virtude de critérios injustificados, como a exigência de idade máxima para investidura em cargos cujas atividades não exigem vigor físico do indivíduo.⁵⁵

A possibilidade de inscrição em concurso público somente de forma presencial também representa restrição indevida, que privilegia os candidatos residentes na localidade. O mais grave problema, contudo, é a quebra de sigilo das provas ou a venda de gabaritos, que fere de morte a isonomia entre os candidatos, além de constituir crime, nos termos do art. 311-A do Código Penal.

⁵³ Cite-se como exemplo um concurso realizado no Município de Ipuã-SP, em 2008, cujo edital, além de não informar o número de vagas, as vagas para deficientes e os locais de lotação dos aprovados, não publicou o edital em jornal de circulação local e abriu as inscrições somente de forma presencial e por um único dia, véspera de Natal, apenas no período da manhã. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2012/03/prefeito-de-ipua-sp-e-condenado-por-fraudes-em-concurso-publico.html>, acesso em 17/9/2012.

⁵⁴ É exemplo o concurso do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro de 2012, cujo edital não apresentou a fórmula de cálculo da nota da prova discursiva, prejudicando o direito de recurso dos candidatos contra o resultado dessa fase. Disponível em <http://200.155.23.170/TCE.RJ.2012>, acesso em 17/9/2012.

⁵⁵ “A exigência de idade máxima de 35 (trinta e cinco) anos para ingresso do candidato à vaga no quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar é, certamente, injustificada e ilegítima, em face das atribuições inerentes ao cargo, que não demandarão esforço físico, diferente das funções do Policial Militar propriamente dito.” (TJSE, Acórdão nº 20077685, 2ª Câmara Cível, Des. Cezário Siqueira Neto, julgamento em 29/10/2007) Disponível em <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-jurisprudencia>, acesso em 17/9/2012.

2.3. Problemas na Elaboração das Questões

Um problema recorrente em concursos é a cobrança de conteúdo não previsto no edital. Não é incomum tampouco a apresentação de questões objetivas com mais de uma ou nenhuma alternativa correta, bem como de questões mal redigidas, com ambiguidade de interpretação, o que tem gerado a ida de muitos candidatos ao Poder Judiciário, na tentativa de anular essas questões. O STF já reconheceu, inclusive, no RE 632853/CE, a repercussão geral da possibilidade de o Judiciário apreciar as questões de concurso público.⁵⁶ Muitas instituições têm também cobrado questões que são cópias de concursos anteriores, quebrando o princípio do ineditismo do concurso.⁵⁷

Além disso, tem sido verificada a cobrança nas provas de posições doutrinárias minoritárias ou entendimentos judiciais destoantes da jurisprudência dominante, tornando o gabarito da questão incoerente com o posicionamento majoritário da doutrina ou dos tribunais.

Um grave problema é a cobrança de questões relativas à matéria chamada de “atualidades”. Certas bancas têm cobrado todo e qualquer tipo de fato ou dado existente na humanidade, sob o argumento de que o assunto se refere a tópicos de “atualidades” ou “conhecimentos gerais”. Além disso, essas questões têm cobrado assuntos irrelevantes para o exercício dos cargos públicos. Tal situação leva o concurso a se transformar em uma verdadeira loteria, em que vencem não os mais preparados, mas os mais sortudos.⁵⁸

2.4. Desrespeito aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

O prazo exíguo para a interposição dos recursos contra os resultados das provas tem sido um problema. Em geral, os editais têm disponibilizado apenas dois dias para os recursos dos candidatos, o que é insuficiente para uma adequada elaboração do recurso.⁵⁹

O problema mais grave, no entanto, é a ausência de motivação dos indeferimentos de recursos ou a utilização de respostas padronizadas, de forma vaga, ambígua e lacônica,

⁵⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=192641>, acesso em 17/9/2012.

⁵⁷ É o caso do concurso da prefeitura de Blumenau de 2009, que cobrou questões clonadas de outros concursos, além de questões com conteúdo programático não previsto no edital e provas com número de questões diferente do estabelecido. Disponível em <http://mp-sc.jusbrasil.com.br/noticias/2039125/cautelar-pede-suspensao-de-concurso-para-prefeitura-de-blumenau>, acesso em 17/9/2012.

⁵⁸ Um exemplo é uma questão de atualidades cobrada na prova de Consultor Legislativo do Senado Federal de 2012, que exigiu do candidato conhecimento sobre as atividades de uma amante do ex-presidente norte-americano John Kennedy, no dia em que ele foi assassinado.

⁵⁹ São exemplos, entre muitos outros, a maioria dos editais de concursos da Escola de Administração Fazendária – Esaf (www.esaf.fazenda.gov.br) e do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe/UnB (www.cespe.unb.br).

revelando ausência de análise das razões expostas pelo candidato. Algumas bancas chegam a colocar em edital que somente será divulgada a motivação do recurso quando ele for provido.⁶⁰ Ocorre que o candidato terá mais interesse em saber as razões da decisão da banca justamente quando o recurso for improvido.

Tem sido comum, ainda, a correção de provas discursivas sem critérios objetivos e, sem a divulgação de um padrão de resposta para servir de referência, dando azo a uma grande subjetividade na avaliação das redações.⁶¹

2.5. Irregularidades nas Nomeações dos Aprovados

Não são raros os casos de realização de concursos públicos sem que nenhum candidato seja nomeado durante o respectivo prazo de validade. É claro que isso fere o princípio da segurança jurídica e da boa-fé, pois, se a Administração não pretende nomear ninguém, para que fazer o concurso? Agora, com o entendimento do STF, no RE 598099/MS, de que o candidato aprovado dentro das vagas do edital tem direito à nomeação, combinado com a adoção indiscriminada do cadastro de reserva nos concursos públicos, cresce a importância de uma regulamentação sobre esse tema, a fim de evitar a ocorrência de concursos públicos com nenhum aprovado nomeado. Vale dizer ainda que o STJ já decidiu que o primeiro colocado no concurso tem direito a nomeação, mesmo que o edital não fixe o número de vagas a serem preenchidas.⁶²

Outro problema ocorre quando a nomeação do candidato aprovado acontece muito tempo depois de encerrado e homologado o concurso. Pode acontecer de o candidato não conseguir manter o acompanhamento diário da imprensa oficial, a fim de verificar se sua nomeação ocorreu. Neste caso, já há jurisprudência no sentido de que a Administração deve

⁶⁰ É o caso do Cespe/UnB, por exemplo, no concurso do Inmetro de 2009, em que a organizadora assim se expressou, no respectivo edital de justificativa de alteração/anulação de gabarito: “Em estrita observância ao que define o Edital n.º 1 – INMETRO, de 17 de abril de 2009, que rege o concurso público, ‘13.8 Todos os recursos serão analisados e as **justificativas** das **alterações** de gabarito serão divulgadas no endereço eletrônico <http://www.cespe.unb.br/concursos/inmetro2009> quando da divulgação do gabarito definitivo.’” (negritos no original) Disponível em <http://www.cespe.unb.br/concursos/INMETRO2009>, acesso em 12/9/2012.

⁶¹ Citem-se, novamente, como exemplos, os concursos das instituições Esaf e Cespe/UnB, que não divulgam resposta padrão das provas discursivas. Já as instituições Fundação Carlos Chagas – FCC e Fundação Getúlio Vargas – FGV costumam divulgar essa resposta aos candidatos.

⁶² RMS 33426/RS, cf. Informativo de Jurisprudência do STJ n.º 481, referente ao período de 15 a 26/8/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/infjur/doc.jsp>, acesso em 12/9/2012.

comunicar ao candidato a sua nomeação de maneira direta (telegrama, carta ou até mesmo e-mail), quando passado um longo período de tempo da homologação do concurso.⁶³

2.6. Problemas na Atuação do Poder Judiciário em Matéria de Concursos Públicos

Por fim, verifica-se hoje certa omissão do Poder Judiciário em decidir causas que envolvam concursos públicos, sob a alegação sumária de que se trata de questão de mérito administrativo, privativo da banca examinadora, o que representa, na verdade, negativa de prestação jurisdicional ao cidadão candidato.

Há diversos casos, é verdade, em que os candidatos pretendem que o Poder Judiciário indevidamente se substitua à banca examinadora, para analisar não a legalidade, mas os critérios discricionários da correção de uma prova.⁶⁴ Não é dessas situações que estamos falando. Referimo-nos às hipóteses em que o juiz sequer se dispõe a analisar os enunciados das questões, para verificar se há alguma incorreção ou dubiedade, ou a cotejá-los com o conteúdo programático do concurso, para analisar eventual cobrança de matéria não prevista no edital.

Percebe-se, assim, a importância de uma normatização permanente sobre os concursos públicos. Não há dúvidas, ainda, de que a norma sobre concursos públicos deve ser de hierarquia legal, senão constitucional, para evitar as irregularidades citadas e permitir que o concurso público efetivamente seja um instrumento a serviço da democracia e da meritocracia no Brasil.

Entendemos ainda ser de todo conveniente que essa lei seja de caráter geral (nacional), aplicável a todas as entidades federativas, para que se alcance uniformidade no tratamento da matéria em todo o país.⁶⁵

3. ATUAL ESTÁGIO DA LEGISLAÇÃO SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS

3.1. Normas em Vigor

⁶³ “Caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público, mediante publicação do chamamento em diário oficial e pela internet, quando passado considerável lapso temporal entre a homologação final do certame e a publicação da nomeação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, durante longo lapso temporal, as publicações no Diário Oficial e na internet.” (STJ, REsp 1308588/RN, Segunda Turma, Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 22/8/2012)

⁶⁴ “De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao Poder Judiciário é permitido tão somente o exame da legalidade do concurso público, sendo vedado apreciar os critérios utilizados pela banca examinadora, sob pena de substituí-la no exame do mérito do ato administrativo praticado.” (STJ, AgRg no Ag 1278000/RJ, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5/10/2011)

⁶⁵ Principalmente tendo em vista o fato de que as maiores irregularidades em concursos públicos têm ocorrido na esfera municipal.

Atualmente, embora haja diversos projetos de leis sobre concursos públicos em tramitação no Congresso Nacional, inexistente lei federal que regule o assunto. Não obstante, o Poder Executivo Federal editou o Decreto n.º 6.944, de 21 de agosto de 2009, que, entre outros assuntos, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos no Governo Federal. O Capítulo II dessa norma (artigos 10 a 19) trata especificamente dos concursos, embora de forma incompleta e imperfeita. No entanto, já um avanço no atual cenário de lacunas normativas.

O art. 12 desse Decreto prevê que o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro reserva. Conforme já citado, trata-se de regra que, a nosso ver, representa um retrocesso, pois permite a realização de concursos públicos sem que nenhum candidato, ao final, seja nomeado.

O art. 13 dispõe que o concurso poderá ser realizado em duas etapas: a aplicação de provas e, se for o caso, o exame de títulos (primeira etapa); e a realização de curso de formação (segunda etapa). A primeira etapa pode compreender a realização de várias fases, como prova objetiva, avaliação discursiva, prova oral, apresentação de títulos, prova prática, teste físico, avaliação psicológica, investigação social etc.

A prova de títulos deverá ser realizada como etapa posterior à prova escrita e somente apresentarão os títulos os candidatos aprovados nas etapas anteriores ou que tiverem inscrição aceita no certame. A prova oral deverá ser realizada em sessão pública e gravada para efeito de registro e avaliação. A realização de provas físicas exige a indicação no edital do tipo de prova, das técnicas admitidas e do desempenho mínimo para classificação. Para as provas de conhecimentos práticos, deverá haver indicação dos instrumentos, aparelhos e das técnicas a serem utilizadas, bem como da metodologia de aferição para avaliação dos candidatos. O art. 13 admite ainda o condicionamento da aprovação em determinada etapa à, simultaneamente, obtenção de nota mínima e obtenção de classificação mínima na etapa.

O art. 14 do regulamento dispõe que a realização de exame psicotécnico está condicionada à existência de previsão em lei e no edital. O exame limitar-se-á à detecção de problemas psicológicos que possam comprometer o exercício do cargo ou emprego. O art. 15 prevê que a taxa de inscrição será fixada em edital, levando-se em consideração os custos estimados indispensáveis para a sua realização, ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas. O art. 16 limita o número máximo de aprovados no concurso, em função do número de vagas. Em um concurso com trinta ou mais vagas, por exemplo, ficou estabelecido que apenas os candidatos que se classifiquem até o dobro do número de vagas poderão ser considerados aprovados.

Os artigos 18 e 19 tratam do edital do concurso. Segundo o art. 18, o edital será publicado integralmente no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de sessenta dias da realização da primeira prova, e divulgado no sítio oficial do órgão ou entidade responsável pela realização do concurso e no da instituição organizadora. No entanto, há autorização para a redução desse prazo de sessenta dias mediante ato motivado do Ministro de Estado respectivo. O art. 19 veicula diversas informações que devem constar do edital.

O parágrafo único do art. 19 do Decreto dispõe que a escolaridade mínima e a experiência profissional, quando exigidas, deverão ser comprovadas no ato de posse no cargo ou emprego, vedada a exigência de comprovação no ato de inscrição no concurso público ou em qualquer de suas etapas, ressalvado o disposto em legislação específica. Esse ponto é objeto do enunciado 266 da Súmula do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” Vale dizer que, não raramente, os editais de concurso requerem que o candidato comprove o preenchimento dos requisitos para o exercício do cargo no momento da inscrição.⁶⁶

Não obstante, a questão é pacífica em nossos Tribunais, como prova, aliás, o citado enunciado da Súmula, podendo o candidato implementar os requisitos até o momento da posse. Excetua-se apenas a comprovação dos três anos de atividade jurídica para os cargos de juiz e de membro do Ministério Público, nos termos dos arts. 93, I, e 129, § 3º, da Constituição Federal. Neste caso, o STF entendeu – embora discordemos de tal posicionamento – que é lícito exigir a comprovação do triênio no ato de inscrição definitiva no concurso.⁶⁷

É importante destacar ainda que, embora o Decreto 6.944/2009 seja um avanço na normatização dos concursos públicos, um regulamento veiculado por decreto é instrumento normativo de pouca segurança jurídica e menor efetividade, pois é editado exclusivamente pelo chefe do Executivo, podendo ser alterado ou revogado exclusivamente segundo a vontade dessa autoridade, e, além disso, possui alcance limitado ao próprio Poder Executivo.

Quanto aos Estados e Municípios, contam-se nos dedos as entidades federativas que já editaram normas gerais sobre concursos públicos, conseguindo, muitas vezes, tão somente tratar de temas pontuais, como a Lei n.º 6.067, de 25 de outubro de 2011, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos do Poder Executivo daquele Estado. Frise-se ainda, também no Rio de Janeiro, o Decreto Estadual

⁶⁶ Um exemplo é o edital do concurso de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso de 2007, publicado no Diário Oficial do Estado de 14/12/2007. O item 5.2.2, “h”, desse edital exigiu que o candidato tivesse a idade mínima de 35 anos na data da inscrição no certame. Disponível em https://www.iomat.mt.gov.br/index.htm?buscar_diario=ok&data_busca=14%2F12%2F2007&tipo=1, acesso em 17/9/2012.

⁶⁷ ADI 3460/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, DJe 15/6/2007.

n.º 41.614, de 23 de dezembro de 2008, que regulamenta os concursos públicos do Poder Executivo e da Administração Indireta do Estado do Rio de Janeiro. Nesse caso, a limitação é a mesma citada anteriormente: trata-se de ato infralegal, modificável a qualquer tempo pelo chefe do Executivo, e de aplicação apenas no âmbito desse Poder.

A Paraíba também já possui sua lei geral de concursos públicos: a Lei Estadual n.º 8.617, de 30 de junho de 2008, que estabelece normas, no âmbito do Estado da Paraíba, para a realização de concursos públicos. Tal lei prevê regras sobre elaboração e conteúdo do mínimo edital do concurso, inscrição de candidatos, vagas de deficientes, aferição de títulos, nomeação dos aprovados, validade e anulação do concurso, entre outras.⁶⁸

Um caso emblemático foi a promulgação da Lei n.º 5.396, de 7 de maio de 2012, do Município do Rio de Janeiro, que estabelece normas gerais para a realização de seus concursos públicos. Embora o Projeto de Lei Municipal n.º 432/2009, que deu origem à Lei, regulasse amplamente o assunto, o texto acabou praticamente todo vetado pelo Prefeito, tornando a nova norma de pouquíssima efetividade. O motivo alegado foi a inconstitucionalidade do projeto, por ter sido de origem parlamentar. Contudo, a Câmara Municipal promoveu, em junho de 2012, a derrubada do veto e o texto entrou integralmente em vigor⁶⁹. Com isso, o Município do Rio de Janeiro também passou a ter a sua Lei Geral de Concursos Públicos. Todavia, há notícias de que o Executivo municipal está tentando combater a eficácia da lei, desta vez na via judicial.⁷⁰ O conteúdo da lei carioca é bem semelhante ao da lei paraibana.

3.2. Normas Federais em Tramitação Legislativa

Como vimos, atualmente inexistem uma lei federal que regule os concursos públicos. Mas há diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que pretendem dispor de forma ampla sobre a matéria, entre os quais: Projeto de Lei do Senado n.º 74, de 2010 (Senado Federal – SF); Projeto de Lei n.º 252, de 2003 (Câmara dos Deputados – CD); Projeto de Lei n.º 745, de 2007 (CD); Projeto de Lei n.º 985, de 2007 (CD); Projeto de Lei n.º 1.009, de 2007

⁶⁸ Disponível em <http://www.al.pb.gov.br/sgdd/>, acesso em 17/9/2012.

⁶⁹ Disponível em <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/50ad008247b8f030032579ea0073d588/3aec9a1eaf95a2b4032579f90065017d?OpenDocument>, acesso em 17/9/2012.

⁷⁰ “... no município do Rio de Janeiro, a falta de iniciativa do Executivo levou o Legislativo a promulgar uma lei a respeito [dos concursos públicos], que, por enquanto, não teve qualquer repercussão positiva. É que a prefeitura resolveu questionar na Justiça a constitucionalidade da matéria, alegando que ela não poderia ter sido proposta pelos vereadores.” Disponível em <http://editoriais.folhadirigida.com.br>, acesso em 18/9/2012.

(CD); entre outros. Destaque-se ainda o Projeto de Lei do Senado n.º 399, de 2008 (SF), que, embora tenha sido arquivado em 2011, representa importante referência sobre o assunto.⁷¹

3.3. Normas Declaradas Inconstitucionais

A matéria sobre concursos públicos chegou a avançar de forma efetiva, por duas vezes, no Distrito Federal (DF). Nesse ente político, inicialmente, foi editada a Lei n.º 3.697, de 8 de novembro de 2005, que estabelecia normas para a realização de concursos públicos no Distrito Federal. No entanto, a Lei foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2005002011775-6. Como a norma teve origem parlamentar, o Tribunal entendeu que a matéria seria de iniciativa privativa do Poder Executivo, com base no que dispõe o art. 61, § 1.º, II, “c”, da CF/88 (provimento de cargos). Eis a ementa da decisão do TJDFT:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DISTRITAL Nº 3.697, DE 08/11/05 – LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – NORMAS RELATIVAS SOBRE CONCURSO PÚBLICO – COMPETÊNCIA PRIVATIVA – GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL – LIMINAR – CONCESSÃO – EFEITOS *EX NUNC* E *ERGA OMNES*.

Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa do processo legislativo que tem por escopo a fixação de regras para a realização de concursos públicos no âmbito da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal, cabendo à Câmara Legislativa tão somente votá-lo até aprovação final. Sua não observância caracteriza vício formal subjetivo, razão pela qual deve ser declarada inconstitucional. (Acórdão n. 249247, 20050020117756ADI, Relator Asdrubal Nascimento Lima, Conselho Especial, julgado em 23/05/2006, DJ 18/07/2006, p. 79)

Posteriormente, tentou-se novamente regulamentar a matéria, por meio da Lei n.º 3.964, de 27 de fevereiro de 2007, desta vez, oriunda de projeto de iniciativa do Governador do DF, o que resolveria o problema ocorrido com a Lei n.º 3.697, de 2005. No entanto, também essa norma foi declarada inconstitucional pelo TJDFT, na ADI n.º 2007002010211-4, sob o argumento de que, como a matéria é de iniciativa privativa do Executivo, o projeto não poderia sofrer alteração parlamentar que alterasse o texto por completo, que foi o que acabou ocorrendo desta vez.

⁷¹ Os projetos em tramitação na Câmara e no Senado podem ser consultados nos sites das respectivas Casas: www.camara.gov.br e <http://www.senado.gov.br/atividade>.

Neste caso, o projeto original, que continha apenas quatro artigos, foi completamente modificado, por meio da apresentação de substitutivo, desvirtuando completamente o propósito do texto original, a fim de ver-se aprovada norma de conteúdo idêntico ao da Lei n.º 3.697, de 2005, anteriormente declarada inconstitucional. Houve, assim, flagrante excesso do poder de emenda parlamentar. O caso ensejou o veto do Executivo distrital, o qual, todavia, acabou sendo rejeitado pela Câmara Legislativa do DF, que promulgou a lei, vindo seu texto a ser publicado nos órgãos oficiais. Eis a ementa da decisão do TJDF que declarou essa segunda Lei Distrital também inconstitucional:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DISTRITAL 3.964/2007 – PROJETO DE INICIATIVA DO GOVERNADOR – MODIFICAÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO – VÍCIO FORMAL CARACTERIZADO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Dispondo a Lei Orgânica do Distrito Federal que a lei versando sobre provimento de cargos é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o projeto ser alterado pelos parlamentares, tanto mais quando a modificação o modifica por completo e lei anterior, que dispunha sobre a mesma matéria, foi julgada inconstitucional. No Estado Democrático de Direito, impõe-se observar o princípio da independência dos Poderes.
2. Ação julgada procedente. Unânime. (Acórdão n. 298025, 20070020102114ADI, Relator Estevam Maia, Conselho Especial, julgado em 11/03/2008, DJ 14/04/2008, p. 57)

Desse modo, o Distrito Federal, em função de todos esses imbróglis jurídicos e políticos, encontrou grandes dificuldades para aprovar uma lei que regulamentasse de forma abrangente seus concursos públicos. Não obstante, depois de muitas negociações políticas, finalmente foi aprovada, em 29/8/2012, uma lei distrital de concursos públicos, após o Executivo ter resolvido apresentar um projeto de lei, sanando o alegado vício de iniciativa.⁷²

Entendemos que o TJDF agiu sem acerto ao declarar as normas anteriores inconstitucionais, em razão de vício de iniciativa. Aliás, o STF possui entendimento diametralmente oposto, qual seja, o de que a matéria relativa a concursos públicos não é de iniciativa privativa do chefe do Executivo, pois o concurso representa, na verdade, momento anterior ao do provimento dos cargos públicos (ADI 2.672/ES). Desse modo, é provável que esse entendimento do TJDF não prevaleça no âmbito federal. Vejamos a ementa da decisão do STF:

⁷² Conforme noticiado no site da Câmara Legislativa do Distrito Federal: “Distritais aprovam Lei Geral dos Concursos”. Disponível em http://www.cl.df.gov.br/ultimas-noticias/-/asset_publisher/IT0h/content/distritais-aprovam-lei-geral-dos-concursos?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cl.df.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Finicio, acesso em 17/9/2012.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2672/ES, Tribunal Pleno, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Carlos Britto, DJ 10-11-2006)

Contudo, para evitar a polêmica e pacificar de vez o tema, o ideal seria que uma Emenda à Constituição expressamente permitisse que tanto o Executivo como o Legislativo pudessem apresentar projetos de lei sobre concursos públicos. Isso daria, inclusive, maiores chances de efetividade aos projetos que já tramitam no Congresso Nacional, pois eles são todos de iniciativa parlamentar. Por outro lado, não havendo a referida Emenda, se prevalecer o entendimento de que se trata realmente de assunto de iniciativa reservada, a decretação de tal lei dependerá da iniciativa do Executivo.

Em outros casos, quando se consegue aprovar um texto definitivo no Parlamento, as relações políticas que sempre envolvem o tema atrapalham o avanço da matéria, como ocorreu com a citada Lei n.º 5.396/2012, do Município do Rio de Janeiro, inicialmente vetada, em sua maior parte, mas cujos vetos foram, felizmente, derrubados pela Câmara Municipal, conforme visto acima.

4. PROPOSTAS NORMATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

4.1. Aprovação de Emenda Constitucional que Atribua à União Competência para Legislar sobre Normas Gerais de Concursos Públicos e Faculte ao Poder Legislativo a Iniciativa de Leis sobre Concursos

Tendo em vista que muitas das irregularidades em concursos públicos têm ocorrido nas esferas estadual e, principalmente, municipal, e que a competência para legislar sobre concursos públicos é hoje privativa de cada ente federativo, seria fundamental a inserção dessa matéria no âmbito da competência legislativa concorrente (art. 24 da CF/88), o que permitiria à União editar uma lei geral aplicável a todas as entidades da Federação. Tal lei de caráter

nacional contribuiria para uniformizar o tratamento da matéria em todo o país, tornando obrigatória para todos os entes públicos a aplicação das regras moralizadoras.

Por outro lado, vimos, nas decisões do TJDF, sobre as leis de concursos editadas no DF, que ainda remanesce a discussão sobre haver ou não iniciativa privativa de projetos de lei sobre concursos públicos, tendo em vista que o art. 61, § 1.º, II, “c” da CF/88 estabelece como de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre provimento de cargos públicos. Vimos também o entendimento do STF (ADI 2.672/ES), em sentido contrário ao do TJDF.

Conforme foi dito, para encerrar de vez a discussão, o ideal seria o texto constitucional expressamente facultar a iniciativa dos projetos de lei sobre concursos públicos ao Poder Legislativo – sem, contudo, retirar essa iniciativa do Executivo –, de modo a tornar clara a possibilidade de que parlamentares apresentem projetos de lei sobre o tema.

Vale notar que a ampliação dos legitimados a apresentar projetos de lei sobre a matéria tenderá a aumentar o número de proposições em tramitação nos Parlamentos, o que fará crescer o debate sobre o assunto e ampliará as chances de vermos aprovada, finalmente, uma Lei Geral de Concursos Públicos. Daí a importância de permitir que também parlamentares possam apresentar projetos de lei sobre esse tema.

4.2. Edição de Uma Lei Geral de Concursos Públicos

Uma vez aprovada a Emenda à Constituição Federal sugerida no item anterior, seria possível à União promulgar uma lei de caráter nacional, de iniciativa do Executivo ou do Legislativo, para regulamentar os concursos públicos em todo o país. A necessidade de tal Emenda, como visto acima, decorre do fato de que a não previsão expressa nesse sentido deixa a solução da competência legislativa sobre concursos para a capacidade de auto-organização e autoadministração dos entes federativos (cada ente político teria competência apenas em sua própria esfera).

No entanto, mesmo sem a Emenda à Constituição, a edição de uma lei de alcance apenas federal (não nacional) seria de suma importância, não só para os concursos federais (obviamente), mas também para os certames das demais esferas, pois a norma federal serviria de modelo para a legislação dos demais entes políticos, tendo um efeito uniformizador nacional, ainda que não de caráter juridicamente obrigatório.

Esse fenômeno ocorre com outras leis, sendo relativamente comum os legisladores estaduais e municipais tomarem por base, para a elaboração de suas próprias leis, normas legais federais que disponham sobre o mesmo tema. Como exemplo, citemos a Lei Federal

8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, a qual tem servido de modelo para a elaboração dos Estatutos dos servidores dos demais entes políticos, e a Lei Federal 8.443/1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU), que tem sido adotada como parâmetro para a feitura das leis orgânicas dos demais Tribunais de Contas. Seja de cunho nacional, seja de natureza apenas federal, a Lei Geral de Concursos regulamentará o art. 37, II, da Constituição Federal e estabelecerá normas gerais para a realização de concursos públicos.

4.3. Conteúdo Normativo da Lei Geral de Concursos Públicos

Vejamos agora os principais tópicos que poderiam ser abordados pelos dispositivos de uma lei geral de concursos públicos, em atenção aos principais problemas que vêm ocorrendo nesses procedimentos.

4.3.1. Seleção da Instituição Organizadora

Como já foi falado, muitas das irregularidades que ocorrem nos concursos públicos decorrem da incompetência dos integrantes das instituições organizadoras, que não conseguem conduzir os certames segundo as normas e princípios em vigor, causando verdadeiras injustiças e quebras de isonomia entre os candidatos. Uma solução para isso seria exigir em lei que a contratação da instituição se desse por licitação, com a obrigatória definição de requisitos rígidos de habilitação técnica.

Nesse sentido, a Lei Geral de Concursos Públicos poderá dispor que, quando o órgão ou entidade resolver contratar instituição organizadora para a realização do certame, essa instituição seja incumbida regimental ou estatutariamente de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, com inquestionável reputação ético-profissional, devendo ser selecionada mediante licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, vedada a dispensa ou inexigibilidade do procedimento.

Além disso, seria fundamental prever na Lei que, nas licitações, a documentação da instituição organizadora relativa à qualificação técnica deverá conter comprovação de aptidão técnica e logística para a realização de concursos públicos e indicação do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do concurso público, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, os quais deverão participar da realização do concurso. É importante exigir ainda a metodologia de execução do concurso, que deverá abranger todas as fases do procedimento, desde a publicação

do edital até a nomeação dos aprovados, e cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, deverá ser efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

4.3.2. Publicidade do Edital

Os editais de abertura de concursos públicos devem ser amplamente divulgados, a fim de aumentar a sua publicidade, aumentando o universo de pessoas que ficam sabendo da disputa e, assim, ampliando o número de participantes. É claro que, quanto mais candidatos inscritos, maior o número de indivíduos capacitados que podem ser selecionados pela Administração. Deve-se evitar, por exemplo, a publicação do edital somente na imprensa oficial. A divulgação do concurso deve ocorrer também em jornais de grande circulação e no sítio da instituição organizadora na internet. O período de inscrições deve ser suficientemente amplo para permitir a participação de um grande número de pessoas na disputa. De nada adianta dar ampla publicidade a um concurso público, se o prazo de inscrição for exíguo, por exemplo, dois ou três dias, imediatamente após a publicação do edital.

Nesse sentido, a Lei de Concursos deve prever que o edital do concurso público será publicado integralmente não só na imprensa oficial, mas também disponibilizado integralmente no sítio oficial da internet do órgão ou entidade responsável pela realização do concurso público e no da instituição organizadora. A antecedência dessa divulgação deve ser ampla, por exemplo, noventa dias da realização da primeira prova. É interessante ainda a previsão de que o edital seja publicado também, ainda que de forma resumida, com a mesma antecedência, em jornais diários de grande circulação, com indicação de onde o edital pode ser obtido na íntegra. Além disso, deve haver regra no sentido de que a alteração de qualquer dispositivo do edital deverá ser divulgada na mesma forma do edital inicial, reabrindo-se o prazo de inscrição inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a preparação do candidato.

Um ponto relacionado com a publicidade é a divulgação da relação dos candidatos que se inscreverem no concurso público, com nome completo, número de inscrição, cargo ou emprego a que concorre e outros dados relevantes. Entendemos que a lei deve exigir que tal lista seja previamente divulgada a todos os candidatos, antes da realização das provas, resguardado, apenas, o sigilo dos dados inseridos na esfera de intimidade do candidato (ex.: CPF, endereço, filiação etc.).

4.3.3. Isonomia e Não Discriminação de Candidatos

A isonomia entre os candidatos é fundamental em qualquer concurso público. Nesse sentido, o edital do certame não deve discriminar candidatos em virtude de idade, sexo, estado civil ou outros critérios injustificados. Quanto a isso, a lei deve prever como ato abusivo contra o concurso público e ilícito administrativo grave, passível de punição disciplinar na forma da legislação pertinente, elaborar ou permitir que seja elaborado edital com discriminação de raça, sexo, idade, formação ou de qualquer outra natureza, exceto, unicamente, quando se tratar de requisitos estabelecidos em lei, observadas as peculiaridades do cargo (ex.: idade máxima para cargos cujas atribuições que exijam alto preparo físico).

Existem alguns casos especiais que devem ser protegidos pela lei. É o caso dos portadores de necessidades especiais (deficientes) e das lactantes (mulheres em período de amamentação). Quanto aos deficientes, felizmente, vivemos uma época em que os agentes públicos têm valorizado as políticas de inclusão social dessa categoria. De qualquer modo, a futura lei nacional de concursos públicos deve prever regras claras de proteção a esses candidatos, muitas vezes indevidamente excluídos do mercado de trabalho privado, principalmente quando portadores de deficiências que reduzam sua capacidade laborativa.

Assim, a lei deve assegurar à pessoa portadora de necessidades especiais o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo ou emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a necessidade especial de que seja portadora. Atualmente, a legislação federal já reserva a essas pessoas um percentual entre 5% (cinco por cento) (art. 37, § 1º, do Decreto n.º 3.298/1999) e 20% (vinte por cento) (art. 5.º, § 2.º, da Lei 8.112) das vagas.

Todavia, para evitar favorecimentos desproporcionais, em prejuízo da isonomia, é importante que a lei ressalve que o candidato portador de necessidades especiais participará do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos, especialmente no que concerne: ao conteúdo das provas; aos critérios de avaliação e aprovação; ao horário e ao local de aplicação das provas, garantida a devida acessibilidade; e à nota mínima exigida para aprovação. Além disso, não devem ser consideradas portadoras de necessidades especiais, para fins de concurso público, aquelas pessoas cujas necessidades não provoquem dificuldades de acesso ao mercado de trabalho.

No tocante às lactantes, a lei deve assegurar às candidatas o direito a levar às provas acompanhante, que será responsável pela guarda da criança, de modo que a candidata lactante poderá se ausentar da sala para amamentar seu filho, a intervalos regulares, devidamente acompanhada por fiscal de prova, que assegurará a manutenção das condições de sigilo e isonomia com os demais candidatos na realização da prova.

Um ponto de atenção refere-se às candidatas em estágio avançado de gravidez, que não poderiam, naquele momento, realizar uma prova física. Não há dúvidas de que, também nesses casos, a lei precisa estabelecer algum tipo de procedimento especial ou adiamento da realização da prova.

Para assegurar a isonomia nas provas orais, a lei deve prever que, sempre que possível, a prova oral será realizada no mesmo dia para todos os candidatos, sem interrupção, até que todos tenham sido examinados, devendo ser aplicadas as mesmas questões a todos que fizerem a prova no mesmo período do dia (manhã ou tarde), assegurado, quando necessário, o isolamento dos candidatos em instalações adequadas, para evitar o acesso às questões antes de sua avaliação. É ideal que esse período de isolamento seja limitado, para evitar desgaste excessivo dos candidatos.

4.3.4. Cadastro de Reserva e Oferta Simbólica de Vagas

A abertura de concursos tão somente para o chamado cadastro de reserva ou com oferta simbólica e irrisória de vagas, quando existentes vários cargos ou empregos vagos no órgão ou entidade pública, é situação que fere os princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, conforme já demonstrado anteriormente.

Assim, entendemos que a lei deve vedar a realização de concurso público com oferta simbólica de vagas ou que se destine exclusivamente à formação de cadastro de reserva. A norma deve definir ainda o que se entende por oferta simbólica a abertura de concurso público. Um exemplo será caracterizar como tal a oferta de um número de vagas inferior a 30% (trinta por cento) das vagas do respectivo cargo ou emprego existentes no órgão ou entidade.

4.3.5. Taxa de Inscrição

A taxa de inscrição no concurso é usualmente utilizada para fazer face ao custeio do procedimento. Devem ser ressalvadas pela lei as hipóteses de isenção de seu pagamento, sendo o caso mais típico o dos candidatos de baixa renda. Outros casos de isenção da taxa podem ser previstos no edital, desde que não firam a isonomia. Além disso, a taxa de inscrição não deve possuir valor excessivo ou desproporcional em relação ao cargo em disputa. Para que se verifique a adequação do valor cobrado, é importante que a lei exija a divulgação, no edital, da planilha detalhada dos custos do concurso.

A lei pode prever um valor máximo para a taxa de inscrição, conforme a remuneração e a escolaridade do cargo e o número de fases do certame. E o período de

inscrição deve ser razoavelmente amplo, para permitir maior número de inscritos. Nada impede também que se permita a inscrição no concurso por procuração, se necessário.

4.3.6. Bibliografia e Jurisprudência de Referência

É comum a ausência de indicação de bibliografia de referência nos concursos públicos, bem como a não aceitação de opiniões de autores consagrados na área de conhecimento, com a adoção de posições minoritárias e mesmo pouco conhecidas. Certo é que tais situações são uma porta aberta para fraudes e favoritismos, havendo mesmo, em certos casos, conluio entre órgãos públicos e instituições organizadoras, conforme já foi noticiado pela mídia.

Além disso, a cobrança nas provas de posições doutrinárias minoritárias ou entendimentos judiciais destoantes da jurisprudência dominante prejudica os candidatos que conhecem as posições prevalecentes na área de conhecimento da questão e põe em xeque a lisura do procedimento. Afinal, é possível imaginar que apenas os “escolhidos” saberão a posição isolada cobrada, provavelmente por terem recebido essa informação privilegiada antes da prova.

Assim, é importante que a lei preveja a possibilidade de divulgação da bibliografia de referência do concurso, a qual, se indicada no edital, deverá servir de base para os gabaritos das questões. A norma deve estabelecer ainda que, havendo divergências doutrinárias, a questão que aborda o aspecto polêmico deverá ser anulada.

É fundamental também a previsão legal de que a indicação bibliográfica de cada matéria, quando realizada, vinculará a banca examinadora e os candidatos à última edição existente da obra, até a publicação do edital de abertura do concurso e que a não indicação de bibliografia, ou sua indicação apenas sugestiva, obrigará a banca a aceitar, como critério de correção, qualquer posição técnica, doutrinária, teórica e jurisprudencial aceita ou cientificamente comprovada.

Quanto à legislação a ser cobrada nas questões, a lei deverá prever que as normas de referência a serem consideradas serão aquelas vigentes na data da primeira publicação do edital do concurso e que não será cobrada legislação revogada ou que entre em vigor após a data de publicação do edital. Já em relação às questões jurídicas, é interessante que a lei disponha que não poderá ser cobrada jurisprudência divergente, minoritária ou não consolidada no Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Superior ou, ainda, no Tribunal de Contas da União.

4.3.7. Aplicação das Provas

Em muitos casos, a mudança de datas e horários das provas do concurso em cima da hora impede ou dificulta ao extremo a realização das provas pelo candidato de outro Estado ou Município, que não consegue realizar a tempo seu deslocamento pelo território nacional. Além disso, locais de prova pouco acessíveis aos candidatos e/ou em péssimas condições para a realização das provas é outro fator de preocupação nos concursos públicos. Para minimizar tais problemas, a lei poderia prever que as provas escritas objetivas sejam aplicadas, por exemplo, em todas as capitais do país.

Além disso, é fundamental a previsão de que o edital de abertura indique o calendário de provas, devendo a convocação para cada fase ser feita por novo edital, com razoável antecedência em relação à data de sua realização. Como já é praxe em nosso país, o ideal é que as provas serão realizadas, preferencialmente, aos domingos.

É importante ainda que o local de prova conte com vias de acesso adequadas para deficientes físicos, condições ambientais e instalações que não impliquem desgaste físico ou mental desnecessário ao candidato ou lhe prejudiquem a concentração, instalações sanitárias adequadas e próximas à sala de prova e, ainda, serviço de atendimento médico de emergência.

Outro grave problema que pode ocorrer em um concurso público é a quebra fraudulenta do sigilo das provas ou a venda de gabaritos. Infelizmente, tal prática em nosso país tem sido comum. Recentemente, a prática foi expressamente criminalizada em nosso Código Penal (art. 311-A). Esperamos que essa tipificação criminal contribua para a redução desse tipo de ilegalidade. Independentemente da previsão criminal, a lei geral de concursos pode estabelecer que a instituição realizadora do concurso público resguardará o sigilo das provas, podendo seus agentes ser responsabilizados administrativa, civil e criminalmente por atos ou omissões que possam divulgar ou propiciar a divulgação indevida, no todo ou em parte, de provas, questões, gabaritos ou resultados. É possível ainda o enquadramento da conduta ilícita como ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei n.º 8.429/1992.

Quanto aos procedimentos na aplicação das provas, frise-se que, muitas, vezes, o despreparo dos fiscais de sala no momento da aplicação das provas é situação que gera quebra de isonomia ou, no mínimo, ansiedade desnecessária entre os candidatos. Isso quando não dá margem à ocorrência de fraudes, como a tolerância de comunicação entre candidatos ou a brecha para que haja a utilização de celulares nos banheiros, situação que se agrava com o atual estágio tecnológico dos aparelhos, que possuem acesso à internet. Desse modo, a lei deve prever, ainda que de forma orientadora, que as instituições organizadoras contratem número suficiente de fiscais de provas e lhes forneça o treinamento necessário à adequada aplicação das provas, para evitar esses problemas.

4.3.8. Conteúdo das Questões

Um dos grandes problemas nos concursos públicos é a cobrança de questões com conteúdo não previsto no edital ou sem nenhuma relação com as atribuições do cargo. Quanto a esse aspecto, a lei deve proibir a cobrança de conteúdo programático de nível de escolaridade superior ao do cargo ou emprego ou que não tenha relação com suas atribuições.

É comum também a formulação de questões ambíguas, que impedem a interpretação do candidato sobre o que realmente o examinador deseja. Nesse sentido, a lei deve estabelecer que as provas serão elaboradas de maneira clara e objetiva, de forma a possibilitar ao candidato a compreensão do tema dado a julgamento. Deve ser vedado o uso de vocabulário ou nomenclatura técnica em desuso, abandonada ou rara. Além disso, a utilização de palavras e expressões estrangeiras, sem a respectiva tradução, só deve ser admitida quando consagradas pelo uso, no ramo de conhecimento da questão, ou quando se tratar de prova de língua estrangeira.

Um ponto que deve ficar claro no edital é quanto à natureza das questões de cada fase do concurso, se serão de cunho eliminatório e/ou classificatório. De maneira geral, as provas e exames podem ter caráter: apenas eliminatório, em que o candidato que não atingir determinada nota mínima, ou não for considerado apto, estará eliminado do concurso; meramente classificatório, em que a nota do candidato será computada no cálculo final da classificação no concurso; ou, ao mesmo tempo, eliminatório e classificatório.

O ideal é que a lei preveja que as provas objetivas, discursivas e orais tenham caráter eliminatório e classificatório, pois são as fases que efetivamente avaliam o conhecimento técnico do candidato. Já as provas físicas e práticas, o exame médico e a sindicância de vida pregressa devem ter caráter unicamente eliminatório, pois é muito difícil estabelecer algum critério objetivo de atribuição de nota nessas fases. A avaliação de títulos, por sua vez, deve ser apenas classificatória, para evitar o estabelecimento de critérios indevidos de eliminação de concorrentes.

Por fim, é fundamental a exigência de que todas as provas e fases do concurso público tenham seus respectivos pesos na nota final claramente definidos no edital, de modo que as provas objetivas possuam o maior peso e as provas orais, juntamente com os títulos, o menor peso.

Um problema grave que aflige os candidatos de concursos públicos são as questões objetivas com mais de uma ou nenhuma alternativa correta, bem como as questões mal redigidas, com consequente ambiguidade de interpretação, inclusive nas provas discursivas. A

questão é agravada com a postura refratária das bancas quanto aos recursos administrativos interpostos pelos candidatos. Embora os recursos demonstrem os erros de determinadas questões, a banca, em vários casos, decide manter os enunciados, com argumentos muitas vezes inapropriados e sem fundamento.

É fundamental que a lei preveja que será nula a questão objetiva de múltipla escolha em que se verifique a existência de nenhuma ou de duas ou mais alternativas corretas, ainda que a banca examinadora entenda ser uma delas mais completa ou “mais correta”. Deve ser vedada também a utilização de alternativas que declarem que nenhuma, todas, algumas, anteriores ou posteriores alternativas estão corretas ou erradas, pois esse tipo de assertiva sempre gera margem a duvidosas interpretações.

Vimos também que um sério problema nos concurso públicos atualmente é a cobrança das chamadas questões de “atualidades”. Ante a indefinição do que seja isso, algumas bancas têm cobrado perguntas sobre tópicos completamente irrelevantes e sem nenhuma conexão com a natureza das atribuições do cargo ou emprego público, pretendendo exigir do candidato conhecimento sobre todo e qualquer fato ocorrido no planeta, muitas vezes a poucos dias da aplicação da prova.

Em nossa opinião, a Lei Geral de Concursos Públicos deveria vedar a cobrança de atualidades em concursos públicos, ante a dificuldade de estabelecer regras que impeçam a arbitrariedade das bancas nessa “disciplina”. Todavia, em se permitindo sua cobrança nas provas, algumas regras poderiam ser estabelecidas, para se limitar os abusos.

Inicialmente, seria importante prever que as questões que versarem sobre atualidades limitar-se-ão a cobrar conhecimentos sobre fatos ocorridos até a data da publicação do edital de abertura do concurso. Deve ser vedada também a cobrança de análises, opiniões, laudos ou pareceres de especialistas ou jornalistas sobre fatos da atualidade, sendo permitido unicamente aferir o conhecimento do candidato sobre os fatos em si ocorridos. Além disso, os fatos da atualidade cobrados devem ser relevantes e possuir alcance nacional ou internacional, sendo vedada a cobrança de dados específicos irrelevantes ou de fatos de alcance meramente regional ou local, bem como de fatos sem conexão relevante ou pertinência com as atribuições do cargo ou emprego em disputa ou que não tenham sido noticiados um número significativo de vezes na mídia.

É ideal exigir ainda que o edital indique, como base de pesquisa para o conteúdo programático de atualidades, os jornais, livros, revistas e sítios da internet veiculadores de notícias, brasileiros, cujas informações servirão de base para elaboração das questões, sendo vedada a cobrança de notícia veiculada exclusivamente em programa de rádio ou televisão. A lei deve estabelecer também que será anulada a questão de atualidades ou conhecimentos gerais

cujo conteúdo seja apresentado de forma divergente ou contraditório em mais de um meio de informação.

Por outro lado, tem sido comum a correção de provas discursivas sem a adoção de critérios objetivos e a divulgação de um padrão de resposta que sirva de referência aos candidatos, dando azo a uma grande subjetividade na avaliação das redações.

A lei de concursos deve exigir que os critérios de avaliação da prova discursiva sejam divulgados no edital do concurso, com indicação da fórmula de cálculo e da descrição detalhada dos aspectos a serem considerados na correção. Além disso, deve ser previsto que a correção de conteúdo das provas discursivas será feita por, no mínimo, dois examinadores, que não se comunicarão entre si, sendo a nota final de conteúdo a média dos resultados. Do mesmo modo, a correção de idioma das provas discursivas deverá ser feita por um ou mais especialistas em língua portuguesa ou estrangeira, conforme o caso. Sugerimos também prever em norma legal que, na correção da prova discursiva, a banca examinadora assinale de forma clara e direta a justificativa para a perda de pontos, assim como a linha em que o erro foi cometido, com a indicação de sua natureza.

A lei pode exigir que a avaliação das respostas às questões discursivas seja feita com base em espelho de correção, como algumas instituições já fazem (ex.: Cespe/UnB). O espelho será fornecido juntamente com o resultado preliminar da prova e indicará, pelo menos: os pontos de abordagem necessária, a pontuação a eles relativa, o critério de atribuição da nota final da questão e as razões da perda de pontos pelo candidato.

Cite-se, por fim, que, muitas vezes, as consultas aos resultados das provas dos candidatos só pode ser feita de forma individual, sem a divulgação de uma lista geral de aprovados, o que impede o controle do concurso público pelos próprios candidatos e pela sociedade em geral, situação que dá margem a fraudes, como a inclusão favorecida de pessoas que foram mal nas provas ou mesmo nem realizaram o concurso. Nesse sentido, a lei deve vedar nos concursos públicos a adoção de consulta individual dos resultados, de acesso restrito unicamente ao candidato, salvo quanto aos dados pessoais inseridos em sua esfera de intimidade. Deve ser previsto que, em todas as fases do concurso, serão publicadas listas com os nomes completos dos aprovados e as respectivas classificações atuais no concurso, até aquele momento, para fins de transparência e controle público do certame.

Em alguns casos, o sigilo dos nomes dos candidatos pode ser considerado imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal (ex.: os concursos para a Agência Brasileira de Inteligência – Abin). Nessas hipóteses, seria admissível a divulgação das listas apenas com os números de inscrição dos candidatos.

4.3.9. Avaliação de Títulos

A pontuação de títulos nos concursos públicos não pode ser feita segundo critérios que firam a impessoalidade. Deve-se evitar ainda a atribuição de peso excessivo da nota de títulos em relação às notas das provas. Outra questão que preocupa é a impossibilidade de os candidatos verificarem os títulos uns dos outros.

Inicialmente, a lei de concursos deve estabelecer que as regras da avaliação de títulos especificarão os critérios de pontuação de cada título, bem como a pontuação máxima na avaliação de títulos. Tendo em vista a ausência de impessoalidade nessa fase do concurso, a avaliação dos títulos deverá ter caráter apenas classificatório e seguir critérios objetivos e razoáveis, expressamente descritos no edital, de acordo com as atribuições e responsabilidades do cargo ou emprego público. Sugerimos que a avaliação de títulos não tenha peso superior a 10% (dez por cento) da nota total do concurso.

Não devem ser aceitos títulos que não guardem relação com as atribuições do cargo ou emprego em disputa, que firam a isonomia (ex.: utilização de tempo de serviço público como título) ou que tenham sido obtidos em data posterior à da publicação do edital do concurso. Além disso, tendo em vista que os títulos devem demonstrar o aperfeiçoamento acadêmico e a experiência profissional diferenciada do candidato, é pertinente que a lei disponha que não haverá exigência de títulos nos concursos destinados ao preenchimento de cargos e empregos dos níveis fundamental e médio de escolaridade.

Para assegurar a devida publicidade da avaliação de títulos, a lei deve prever que a abertura dos envelopes contendo os títulos dos candidatos será realizada sempre em sessão pública. Além disso, deve ser assegurado aos candidatos o direito de receber cópias dos títulos apresentados pelos demais concorrentes.

4.3.10. Recursos

Muitos dos problemas nos concursos públicos seriam solucionados se as bancas adotassem uma postura menos intransigente na avaliação dos recursos dos candidatos contra as questões das provas.

Questões mal formuladas, subjetividade excessiva nas provas discursivas, não possibilidade de recursos de provas orais, exigência de que os recursos sejam entregues pessoalmente, prazo exíguo para os recursos, entre outros problemas, têm representado situações de clara falta de razoabilidade. Não há dúvidas ainda de que a ausência de motivação

dos indeferimentos de recursos, bem como a utilização de respostas padronizadas, de forma vaga, ambígua e lacônica, são irregularidades que maculam a legitimidade das disputas públicas.

Quanto ao tema, a lei de concursos deve prever, inicialmente, a vedação de realização de prova ou fase de concurso sem previsão de recurso administrativo contra seu resultado. Deve ser exigido também que todos os resultados do concurso sejam objetiva e tecnicamente fundamentados, possibilitando ao candidato o conhecimento das razões de sua reprovação, inabilitação, inaptidão ou não recomendação.

A lei deve assegurar ao candidato vista de todas as provas aplicadas e de seus resultados preliminares e definitivos, inclusive do cartão-resposta das questões objetivas e dos textos das questões discursivas redigidos pelo candidato. Além disso, as razões da eventual perda de pontos, especialmente nas questões discursivas e orais, devem ser claramente identificadas.

A fim de permitir o adequado exercício do direito de recorrer, o período de recursos contra o resultado de qualquer fase do concurso deverá ter duração razoável. Os editais têm previsto o curto prazo de dois dias, insuficiente para uma adequada elaboração do recurso. Nossa proposta é de que a lei estabeleça a exigência de prazo não inferior a cinco dias úteis.

A lei deve vedar, para assegurar a ampla defesa nos recursos, qualquer limitação no exercício da ampla defesa na apresentação dos recursos, especialmente no que se refere ao número máximo de caracteres, palavras, linhas ou páginas, ainda que por meio da internet.

As respostas aos recursos deverão ser fornecidas ao candidato, juntamente com a divulgação do resultado definitivo, especialmente no caso de indeferimento. As decisões deverão conter ampla, objetiva e fundamentada sustentação. Para atender aos princípios da publicidade e da motivação, o julgamento de todos os recursos deverá permanecer disponível ao público em geral, com os pareceres dos especialistas disponibilizados na internet.

Devem também ser vedadas a anulação de questão e a alteração de gabarito sem a apresentação, a todos os candidatos, das devidas justificativas. Afinal, a anulação de determinada questão pode favorecer um ou mais candidatos, sendo necessária, assim, a demonstração objetiva das razões que levaram a banca a anular o enunciado.

A lei deve prever que serão anuladas as questões objetivas com nenhuma ou mais de uma resposta correta, cuja redação admita mais de uma interpretação, que exijam conteúdo programático não previsto no edital, que forem cópias de outras já cobradas em concursos anteriores ou com conteúdo flagrantemente não relevante para o exercício do cargo ou emprego.

A prova oral deve ser realizada em sessão pública e gravada em áudio e vídeo, para efeito de registro e possibilidade de interposição de recurso pelo candidato. Além disso, deve haver regra que exija da banca examinadora a apresentação de comentário sucinto e objetivo acerca do desempenho do candidato em cada uma dos itens avaliados nessa prova.

4.3.11. Convocação dos Aprovados

A não comunicação, por correio ou e-mail, dos aprovados, quanto à sua nomeação, quando passado um longo período de tempo da homologação do concurso, tem gerado a perda da vaga por inúmeros candidatos. Trata-se de situação de falta de razoabilidade, que já foi reconhecida pelo Poder Judiciário.⁷³ Não se discute, por outro lado, que é dever do candidato manter atualizado seu endereço e demais dados de contato junto ao órgão ou entidade promotora do concurso.

O ideal é que norma legal estabeleça que, sempre que decorrer um prazo razoável (ex.: seis meses) entre a homologação do concurso e o ato de provimento para investidura no cargo ou emprego, a ciência do candidato deverá ser feita por carta, telegrama, e-mail ou outro meio que assegure sua ciência inequívoca, vedada a convocação exclusivamente por meio de publicação na imprensa oficial.

Em consonância com a atual posição do STF⁷⁴, a lei deve estabelecer que os candidatos aprovados dentro do número de vagas inicialmente previstas no edital têm direito subjetivo à nomeação ou contratação no cargo ou emprego para o qual concorreram, dentro do prazo de validade do concurso. Além disso, havendo desistência expressa ou tácita à investidura de candidatos nomeados ou convocados para contratação, a lei deve exigir que a Administração convoque os candidatos remanescentes, na ordem de classificação, para provimento das vagas não preenchidas.

Para os aprovados em número excedente ao das vagas, embora possuam mera expectativa de direito, deve haver previsão legal de transformação dessa expectativa em efetivo direito, nos casos em que a Administração demonstre de forma inequívoca a necessidade de admissão de pessoal (ex.: contratação de temporários ou terceirizados ou cessão de servidores

⁷³ “1. Muito embora não houvesse previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria, mormente em face do longo lapso temporal decorrido entre homologação do concurso e a nomeação do recorrente (mais de 3 anos), comunicar pessoalmente o candidato sobre a sua nomeação, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à posse. (...) 3. Não se afigura razoável exigir que o candidato aprovado em concurso público leia diariamente, ao longo de 4 anos (prazo de validade do concurso), o Diário Oficial para verificar se sua nomeação foi efetivada.” (STJ, RMS 21554/MG, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 2/8/2010)

⁷⁴ RE 598099/MS.

de outro órgão para o desempenho de atividades típicas dos cargos para os quais haja aprovados no concurso). Essa é a atual posição do STF.⁷⁵

Além disso, outra questão deve ser objeto de atenção. Já é ponto pacífico em nosso ordenamento que os candidatos aprovados em concurso público devem ser nomeados ou contratados com obediência rigorosa à ordem de classificação. Ocorre que a atual jurisprudência do STF reza que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação (Enunciado n.º 15 da Súmula do STF).

Todavia, isso pode gerar situações absurdas para a Administração. Por exemplo, se, em um concurso que ofereceu dez vagas, o candidato na milésima posição for indevidamente nomeado, a Administração ficará no dever de nomear mil candidatos, o que poderá gerar problemas orçamentários graves para o ente federativo. Desse modo, defendemos a adoção legal de outra solução, quando o candidato for nomeado indevidamente, por ofensa à ordem de classificação no concurso: a anulação do ato de provimento, com a consequente vacância do cargo. Não obstante, vale destacar que o STJ já adotou entendimento de que a nomeação em desacordo com a ordem classificatória do concurso só é passível de anulação quando inexistente vaga destinada ao candidato preterido.⁷⁶

4.3.12. Controle Jurisdicional dos Concursos Públicos

Já foi citado acima que, em certos casos, o Poder Judiciário adota uma conduta omissiva em seu dever de decidir litígios que envolvam questões de concursos públicos. Ao não analisarem efetivamente os enunciados das questões, sob a alegação sumária de que se trata de mérito administrativo das bancas examinadoras, alguns juízes deixam de prestar a devida jurisdição ao cidadão candidato.

Quanto ao tema, a Lei Geral de Concursos deve, inicialmente, deixar claro que os candidatos possuem livre acesso ao Poder Judiciário para impugnar, no todo ou em parte, o edital normativo do concurso público e para a discussão acerca da legalidade das questões e da legalidade dos critérios de correção de prova utilizados pela banca examinadora. O juiz não deve alegar, sumariamente, que o conteúdo da prova ou os critérios de correção representam

⁷⁵ “I - A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. II - Essa expectativa, no entanto, convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.” (STF, ARE 649046 AgR/MA, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJe 13/9/2012)

⁷⁶ REsp 298490/MG, Sexta Turma, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 21/10/2002.

mérito administrativo. Ele deve efetivamente verificar e decidir se houve ou não violação a lei, ato normativo, edital ou princípios administrativos, após análise do conteúdo da questão ou dos critérios de correção, inclusive mediante perícia, se necessária.

A fim de fornecer parâmetros objetivos de decisão para que os juízes fundamentem suas decisões, com base na legalidade, a norma geral de concursos deve estabelecer algumas regras básicas. Por exemplo, estabelecer que se considera ilegal o gabarito ou a solução considerada correta pela banca examinadora, mas que viole manifestamente o conhecimento técnico ou legal relativo à questão, bem como prever que a ocorrência de erro manifesto na correção de uma questão será causa de nulidade dessa correção.

Vale diferenciar a nulidade da questão da nulidade de sua correção. Uma questão discursiva, por exemplo, pode ser legítima, mas seu espelho de correção ou a resposta padrão fornecida pela banca pode contrariar frontalmente a área de conhecimento respectiva, conforme verificado em perícia, se for preciso. Nesse caso, a nulidade tão somente da correção da questão acarretará uma nova correção para o candidato, desta vez com base em critérios legítimos.

A fim de garantir a isonomia entre os candidatos, é importante que a lei atribua efeitos *erga omnes* às sentenças que anulem questões de concurso público. A norma pode estabelecer, por exemplo, que a sentença ou acórdão que declare a nulidade de determinada questão acarretará a atribuição dos respectivos pontos a todos os candidatos, independentemente de terem recorrido administrativamente ou de serem parte da ação judicial em que se discute o feito.

CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto nesta monografia, podemos chegar a algumas importantes conclusões sobre a importância de uma Lei Geral de Concursos Públicos, discussão na qual se insere a competência para sua iniciativa, seu âmbito de incidência e os principais pontos a serem regulamentados pela norma.

Inicialmente destaque-se que o concurso público é um instrumento de fundamental importância para a materialização da nossa democracia, por permitir o livre acesso dos brasileiros aos cargos e empregos públicos, sem critérios outros que não os do mérito e do desempenho pessoal. O concurso promove ainda a eficiência na Administração, ao selecionar os candidatos mais bem preparados tecnicamente.

A existência de uma Lei Geral de Concursos Públicos, de caráter nacional, é hoje uma necessidade, como instrumento de uniformização no trato da matéria e de prevenção ou, ao menos, de redução da ocorrência de irregularidades nos concursos públicos em todo o país.

Para se atribuir competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos, é preciso a promulgação de uma emenda à Constituição, que permitirá que a União edite uma lei que defina normas gerais para todos os entes políticos. Isso porque, atualmente, a matéria se insere na competência específica de cada ente, que possui autonomia política para legislar sobre o assunto.

Ainda que não seja aprovada a citada emenda à Constituição, a aprovação de uma lei apenas federal sobre os concursos públicos gerará um efeito uniformizador da matéria em todo o país, pois a norma da União servirá de modelo para a elaboração legislativa dos demais entes da Federação.

Embora ainda haja controvérsia sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já entendeu (ADI 2.672/ES) que inexistente iniciativa reservada de lei sobre concursos públicos, por não se tratar de matéria relativa a servidores públicos, mas de condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público.

Entre os pontos que podem ser objeto de uma Lei Geral de Concursos Públicos, citemos os que se seguem.

É importante que a instituição organizadora do concurso tenha reconhecida competência para a condução do certame, razão pela qual se propõe a seleção da instituição por licitação, com rígidos requisitos de habilitação técnica.

A publicidade do edital deve ser ampla, inclusive em sites da internet do órgão público e da instituição organizadora, para aumentar a competitividade. O prazo de inscrição deve ter duração razoável, para permitir um grande número de participantes no concurso.

A lei deve vedar qualquer tipo de cláusula que ofenda a isonomia, como inscrições apenas presenciais, taxas de inscrição exorbitantes e dificuldades para realização das provas por deficientes ou gestantes.

Deve ser banido de nosso ordenamento os concursos exclusivamente para cadastro de reserva ou com oferta simbólica de vagas, pois ofendem a publicidade, ao impedir que o candidato saiba quantos candidatos a Administração pretende nomear, e ferem a impessoalidade, permitindo que o órgão decida se nomeará ou não os aprovados, quando já conhecidas suas identidades.

As questões de provas não devem cobrar assuntos que sejam objeto de controvérsias doutrinárias ou jurisprudenciais e devem ser redigidas sem ambiguidade. A lei deve prever a nulidade de questões que se enquadrem nessa situação, bem como de questões com nenhuma ou mais de uma resposta correta.

Deve ser exigida a divulgação de espelho de correção e modelo de resposta das provas discursivas e orais, a fim de permitir o controle dos atos do concurso e a interposição de recursos contra os resultados preliminares.

Deve haver possibilidade de recurso em todas as fases do concurso público, inclusive nas provas orais e nos exames psicotécnicos, devendo as respostas aos recursos, especialmente as indeferitórias, ser amplamente fundamentadas e divulgadas aos candidatos.

A lei deve prever o direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro das vagas do edital à nomeação, bem como dos candidatos excedentes, quando a Administração der prova inequívoca da necessidade de admissão de pessoal, como nos casos de exercício das atividades do cargo por temporários, terceirizados ou cedidos. Deve haver convocação pessoal dos aprovados, quando passado um longo tempo entre a homologação do concurso e a nomeação.

A lei deve trazer preceitos que incentivem o controle jurisdicional do concurso público. O juiz deve efetivamente analisar o pedido, sem alegar sumariamente que se trata de mérito administrativo, pelo simples fato de se referir a questões de concurso público. Se necessária, deve ser realizada perícia, para a análise de questões de conteúdo técnico.

Por fim, espera-se que a aprovação de uma legislação mais robusta sobre concursos públicos contribua para o amadurecimento político da sociedade quanto ao tema, conscientizando órgãos e entidades públicos, instituições organizadoras, autoridades e cidadãos em geral para a importância da adequada realização dos concursos públicos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 10/5/2012.

_____. *Decreto n.º 6.944, de 21 de agosto de 2009*. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6944.htm, acesso em 10/5/2012.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n.º 252, de 2003*. Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>, acesso em 10/5/2012.

_____. *Projeto de Lei n.º 745, de 2007*. Estabelece normas para a realização de concursos públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348362>, acesso em 10/5/2012.

_____. *Projeto de Lei n.º 985, de 2007*. Dispõe sobre o Estatuto dos Concursandos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350646>, acesso em 10/5/2012.

_____. *Projeto de Lei n.º 1.009, de 2007*. Estabelece normas para a realização de concursos públicos destinados ao provimento de cargos ou empregos públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350910>, acesso em 10/5/2012.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n.º 74, de 2010*. Cria regras para a aplicação de concursos para a investidura em cargos e empregos públicos no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96038, acesso em 10/5/2012.

_____. *Projeto de Lei do Senado n.º 399, de 2008*. Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87936, acesso em 10/5/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante n.º 13*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032, acesso em 10/5/2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Acórdão n. 249247. 20050020117756ADI*, Relator Asdrubal Nascimento Lima, Conselho Especial, julgado em 23/05/2006, DJ 18/07/2006, p. 79. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=12&PGATU=1&l=20&ID=62587,21962,5428&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1>, acesso em 10/5/2012.

_____. *Acórdão n. 298025. 20070020102114ADI*, Relator Estevam Maia, Conselho Especial, julgado em 11/03/2008, DJ 14/04/2008, p. 57. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62587,22832,19880&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1>, acesso em 10/5/2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 5.^a Ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESTADO DA PARAÍBA. *Lei n.º 8.617, de 30 de junho de 2008*. Estabelece normas, no âmbito do Estado da Paraíba, para a realização de concursos públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.pb.gov.br/sgdd>, acesso em 17/9/2012.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Decreto n.º 41.614 de 23 de dezembro de 2008*. Regulamenta os concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_41614.pdf, acesso em 10/5/2012.

_____. *Lei n.º 6.067, de 25 de outubro de 2011*. Dispõe sobre reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua Administração Indireta. Disponível em:

http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/index.html?lei_6_067_25102011.htm, acesso em 10/5/2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). *Direito Administrativo*. Série Advocacia Pública. Vol. 3. São Paulo: Método, 2011 (2011a).

_____. *Direito Constitucional*. Série Advocacia Pública. Vol. 2. São Paulo: Método, 2011 (2011b).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Guia do Concurso Público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 5.396, de 7 de maio de 2012*. Estabelece normas gerais, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, para a realização de concursos públicos, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.camara.rj.gov.br/controle.php?m1=legislacao&m2=leg_municipal&m3=leiord&url=http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/LeiOrdIntsup?OpenForm, acesso em 10/5/2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Dario da Silva e OLIVEIRA, Maria Isabel Campos. *Concurso Público – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *O Contraditório e a Ampla Defesa nos Concursos Públicos*. Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF, n.º 93, abr/2009.

_____. *A Inconstitucionalidade do Cadastro de Reserva nos Concursos Públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2522, 28/5/2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14925>, acesso em 7/6/2012.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira Rocha. *Regime Jurídico dos Concursos Públicos*. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2.^a ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Luís Marcelo Cavalcanti de. *Controle Judiciário dos Concursos Públicos*. São Paulo: Método, 2007.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TOURINHO, Rita. *Concurso Público no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.