

NOTA TÉCNICA SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA ELABORADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM MARÇO DE 2009 E ABERTA À CONSULTA PÚBLICA ATÉ O DIA 07 DE ABRIL DE 2009

ROBERTO FRAGALE FILHO
JUIZ DO TRABALHO (TRT-RJ)
MEMBRO DO CONSELHO EXECUTIVO DO CONEMATRA

Quanto à consulta

É altamente louvável que o CNJ, ao propor uma regulamentação sobre os concursos públicos para ingresso na magistratura, possibilite a participação de todo e qualquer um mediante a realização de uma consulta pública. Entretanto, o prazo estipulado para a consulta – de 23 de março de 2009 a 07 de abril de 2009 – é exíguo demais para que o debate se estabeleça e enfrente, de forma adequada e consistente, a complexidade da matéria. Nesse sentido, seria importante termos um elasticamento do prazo, preferencialmente com a constituição de uma comissão composta por membros das entidades representativas e, em especial, das escolas judiciais.

Quanto à forma

É preciso rever as diferentes remissões existentes no texto, pois elas estão equivocadas, conforme indica a tabela I:

Tabela I
Referências equivocadas

Artigo original	Artigo referenciado	Artigo referenciado correto
10º, parágrafo único, I	49	44
58 § 1º, “g”	71	67
65, “caput”	54	?

Além disso, seria importante incluir, no artigo 41, um quarto inciso estipulando que o desrespeito ao comando do artigo 34 também importa em eliminação automática do concurso.

Quanto ao conteúdo

Para melhor visualização das críticas aqui formuladas, o conteúdo da proposta foi analisado, inicialmente, sob uma perspectiva mais genérica e, em seguida, sob um prisma mais específico, no

qual se examinou cada uma das etapas sugeridas pelo CNJ para os concursos públicos para ingresso na magistratura.

Questões genéricas

- Qual o significado da unificação?
- Qual o alcance da limitação à disponibilidade orçamentária e quem define sua existência? Pode-se reproduzir aqui o cenário das universidades federais que, por limitações orçamentárias impostas pela Fazenda, ficou muito tempo sem realizar concursos públicos. Afinal, se os cargos já existem e se encontram vagos, seu provimento não estaria condicionado por limitações orçamentárias.
- Qual o real alcance de conceitos vagos e imprecisos, tais como “comportamento inconveniente” (artigo 10º, parágrafo único, IV)?
- Qual o alcance da obrigatoriedade de divulgação, no edital de convocação dos concursos, dos critérios de aferição das provas (artigo 13, § 4º)? Quer isso dizer que o edital deverá estipular como cada prova será avaliada ou critérios, na verdade, se resumem à indicação das linhas de corte?
- Qual o alcance do disposto no artigo 20, III em face da decisão proferida pelo CNJ no PP nº 20071000003002?
- Qual a real dimensão da interdisciplinaridade: estar limitada à “formação humanística” (artigo 47, I) ou permear o conjunto das etapas, estando também presente, em particular, na prova objetiva seletiva e na totalidade da prova discursiva?

Quanto à primeira etapa

A prova objetiva seletiva estipula uma dupla exigência para que o candidato seja aprovado: (a) a obtenção de média final igual ou superior a seis, (b) além de média cinco em cada um dos três blocos que compõem a prova. Entretanto, estes blocos, que se encontram especificados no anexo, salvo engano, não apresentam qualquer organicidade, conforme pode ser constatado na tabela II.

Tabela II
Blocos da prova objetiva seletiva

Bloco I	Bloco II	Bloco III
Direito individual e coletivo do trabalho	Direito processual do trabalho	Direito processual civil
Direito administrativo	Direito constitucional	Direito internacional e comunitário
Direito penal	Direito civil	Direito previdenciário
		Direito comercial

Caso venha a prevalecer tal lógica, creio que seria mais orgânico pensar os referidos blocos a partir de um núcleo comum, como expresso na tabela III.

Tabela III
Sugestão para blocos da prova objetiva seletiva

Bloco I	Bloco II	Bloco III
Direito social	Direito privado	Direito público
Direito individual e coletivo do trabalho	Direito civil	Direito constitucional
Direito processual do trabalho	Direito processual civil	Direito administrativo
Direito previdenciário	Direito comercial	Direito internacional e comunitário
		Direito penal

Para além das notas exigidas, é estabelecido como critério de apuração de nota um sistema de compensação mediante o qual, para cada quatro respostas erradas em um dos blocos, uma resposta certa é suprimida do resultado do referido bloco. Porquanto as questões não respondidas são reputadas como erradas, o critério revela-se absolutamente injusto e inaceitável, pois ele, na verdade, altera a dupla exigência inicial. Com efeito, a nota média exigida para os dois blocos de 35 questões passaria a ser justamente seis, já que o candidato, para passar com a média mínima, teria que acertar 21 questões, como evidencia a tabela IV.

Tabela IV
Ajuste de notas para blocos de 35 questões

Questões certas	Questões erradas	Questões certas suprimidas	Questões certas após ajuste
35	0	0	35
34	1	0	34
33	2	0	33
32	3	0	32
31	4	1	30
30	5	1	29
29	6	1	28
28	7	1	27
27	8	2	25
26	9	2	24
25	10	2	23
24	11	2	22
23	12	3	20
22	13	3	19
21	14	3	18
20	15	3	17
19	16	4	15
18	17	4	14

Naturalmente, essa mesma circunstância se repete para o bloco de 30 questões, pois nele o candidato teria que acertar 18 questões, consoante evidencia a tabela V. Em outras palavras, o critério de aferição elimina a exigência de média cinco, pois as médias reais (apuradas antes da supressão imposta pelas questões erradas) são exatamente equivalentes a seis!

Tabela V
Ajuste de notas para blocos de 30 questões

Questões certas	Questões erradas	Questões certas suprimidas	Questões certas após ajuste
30	0	0	30
29	1	0	29
28	2	0	28
27	3	0	27
26	4	1	25
25	5	1	24
24	6	1	23
23	7	1	22
22	8	2	20
21	9	2	19
20	10	2	18
19	11	2	17
18	12	3	15
17	13	3	14
16	14	3	13
15	15	3	12

Em suma, para que **a média cinco exigida para o interior de cada bloco seja efetivamente real é necessário que as perguntas não respondidas não sejam computadas como erradas**. Assim, caso o candidato respondesse corretamente, por exemplo, 18 questões e deixasse sem respostas outras 17, ainda assim ele teria obtido a nota mínima exigida. O duplo critério formulado é, portanto, falso, pois ele, na verdade, exige que o candidato acerte 60 questões com uma distribuição equivalente a 60% em cada bloco, ao invés de exigir o acerto de 60 questões, assegurado o acerto mínimo de 18 e 15 perguntas, respectivamente, nos blocos de 35 e 30 indagações, combinado com a possibilidade de acerto de 9 outras questões em qualquer um dos blocos.

Quanto à segunda etapa

A segunda etapa consiste em duas provas: (a) uma primeira cujo conteúdo deve versar sobre noções gerais de direito e formação humanística e questões sobre pontos específicos do Judiciário Trabalhista e (b) uma segunda que corresponde à prova de sentença. Consoante a proposta, o candidato aprovado na primeira etapa realizará ambas as provas, obtendo, para fins de apuração da média final do concurso, duas notas, ou seja, uma para cada prova. Em outras palavras, essas notas não se comunicam para produzir uma nota média para a segunda etapa do concurso, que exige, para aprovação, a obtenção de média seis em ambas as provas. Ora, tem-se assim que a segunda etapa é, na verdade, a reunião formal de duas etapas absolutamente distintas, cujos propósitos de aferição são também diferentes. Por conseguinte, sua reunião em uma única etapa se traduz em uma violenta sobrecarga para as bancas do concurso (a incentivar sua realização por terceiros).

Aqui, ainda, tem-se a reprodução da exigência inscrita no artigo 13, § 4º para que os critérios de aplicação e aferição da prova sejam explicitados no edital. O que isso quer exatamente dizer?

Quanto à terceira etapa

O candidato aprovado nas etapas precedentes deve realizar, na terceira etapa, sua inscrição definitiva no concurso, quando deverá comprovar o exercício de três anos de atividade jurídica, que, por sua vez, era definida pela Resolução CNJ nº 11/2006. Nela, era indicado que “atividade jurídica (é) aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, (ficando) vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau”. Era ainda dito que, para fins de cômputo do referido tempo, seriam admitidos os cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação.

A proposta do CNJ modifica tal circunstância ao indicar quais são as atividades que podem ser computadas para fins de apuração do lapso temporal de três anos (artigo 59) e ao explicitamente revogar a Resolução CNJ nº 11/2006 (artigo 94). Na verdade, essa circunstância se traduz pela supressão da possibilidade de contagem dos cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação.

Ora, com essa nova regulamentação proposta, o CNJ segue na contramão da sinalização proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 26.682-DF (Relator Ministro Cezar Peluzo), cuja ementa é abaixo transcrita:

Servidor público. Concurso público. Cargo público. Ministério Público federal. Requisito de tempo de atividade jurídica na condição de bacharel em direito. Contagem da data de conclusão do curso, não da colação de grau. Cômputo do tempo de curso de pós-graduação na área jurídica. Aplicação do art. 1º, § único, da Resolução nº 4/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. Escola da Magistratura do RJ. Direito líquido e certo reconhecido. Liminar confirmada. Concessão de mandado de segurança. Precedente. Inteligência do art. 129, § 3º, da CF. Os três anos de atividade jurídica exigidos ao candidato para inscrição definitiva em concurso de ingresso na carreira do Ministério Público contam-se da data de conclusão do curso de Direito, não da colação de grau, e incluem tempo de curso de pós-graduação na área jurídica.

Pior. Ele revê toda a sinalização proferida previamente pelo próprio CNJ e, ao cabo, parece dar razão ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que, recentemente, ajuizou a ADIn nº 4.219, contestando justamente tal possibilidade de contagem, ao sustentar que a frequência a curso de pós-graduação não se traduz em prática jurídica.

Mais: a regulamentação proposta nada diz sobre a possibilidade de cômputo do exercício da função de conciliador e juiz leigo ou conciliador do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que a atividade desenvolvida não seja inferior a 16 horas mensais, conforme reconhecido pelo próprio CNJ em processo relatado pelo Conselheiro Douglas Rodrigues (PP nº 587), cuja ementa é a seguir transcrita:

Consulta – Tempo de atividade jurídica – Concurso de ingresso na magistratura – Atividade dos conciliadores. Decisão: O Conselho, por unanimidade, decidiu acolher o pedido, nos termos do voto do relator, editando enunciado administrativo com o seguinte teor, “Para os efeitos do artigo 2º da Resolução nº 11, de 31.01.2006, considera-se como atividade jurídica a atuação do bacharel em

Direito com juiz leigo ou conciliador do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que não inferior a 16 (dezesesseis) horas mensais”. Decidiu-se, ainda, que deverá ser oficiado ao Presidente do Conselho Federal da OAB, com cópia da presente decisão, para que seja amplamente divulgado o teor do enunciado administrativo ora editado.

E nesse sentido, foi, por conseguinte, editado o Enunciado Administrativo nº 3, que agora parece ser ignorado pela proposta apresentada.

Quanto ao exame psicotécnico, é difícil sustentar sua viabilidade jurídica, pois não há previsão legal para sua realização para ingresso na magistratura. Com efeito, para além da controvérsia em torno de sua recepção na ordem constitucional pós-1988, o artigo 78, § 2º, da LOMAN, estabelece que “os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, **conforme dispuser a lei**” (grifos não são do original). Ora, na medida em que não existe lei regulamentando tal prática, ela se assevera ilegal. É o que, aliás, consagrou o STF, em sua Súmula nº 686, cujo conteúdo estabelece que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”. Assim, sua introdução por meio de resolução revela-se totalmente inapropriada, como, aliás, já escreveu o Ministro Aldir Guimarães Passarinho Júnior (STJ): “o requisito (de exame psicotécnico) deve estar expresso na lei que regula o certame ou na que fixa os pressupostos de preenchimento do cargo, **sendo inadmissível a imposição meramente editalícia, em resoluções e demais atos regulamentares infralegais**” (grifos não são do original) (*O exame psicotécnico em concursos públicos*, disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8795/1/O_Exame_Psicot%C3%A9cnico_nos_Concursos.pdf, acesso em: 4 abr. 2009).

A resistência ao exame psicotécnico é ainda respaldada pela própria controvérsia em torno de sua validade. Ela foi exemplarmente noticiada pelo Ministro Vantuil Abdala, após viagem exploratória junto às escolas judiciais em França e em Portugal. Assim, disse ele:

“Quando da votação da Constituição (de Portugal), em 1975, um dos debates mais vivos acerca da Escola de Magistratura foi a questão do exame psicotécnico para a seleção de juizes. A opção foi por não adotá-lo. O teste psicotécnico implica a adoção de parâmetros e aí existe o risco de um direcionamento do futuro magistrado, de acordo com quem aplica o teste. A opção foi por magistrados independentes e livres. No Brasil, não existe mais psicotécnico em concurso de magistrados. Há 12 anos mais ou menos, em São Paulo, um candidato a juiz foi reprovado no psicotécnico aplicado por uma junta de psicólogos. O candidato recorreu e garantiu a realização de novo exame, dessa vez por dois psiquiatras da Universidade de São Paulo. Os dois atestaram que candidato era absolutamente apto para exercer a magistratura. Se houvesse segurança nos resultados do psicotécnico, seria excelente, mas se há risco de injustiça é melhor não ter. Com a Escola de Magistratura, acho que problemas como esses serão eliminados porque o comportamento do candidato será avaliado durante um período maior” (*Vice-presidente do TST defende estágio para seleção de juizes*. Notícia publicada no sítio eletrônico do TST, em 09 set. 2002, disponível em: http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=386&p_cod_area_noticia=ASCS, acesso em: 4 abr. 2009).

Quanto à sindicância da vida pregressa e investigação social, corre-se o sério risco de idealizar um modelo de trajetória de vida adequado para o exercício da magistratura. Sem parâmetros definidos, tem-se uma porta aberta para a introdução de um absoluto e arbitrário subjetivismo, que pode, *in*

extremis, mascarar uma situação de preconceito. Aliás, a proposta determina a remessa dos documentos apresentados pelo candidato “ao órgão competente do tribunal” para que proceda à sindicância da vida pregressa e investigação social. Que órgão seria esse? Quem exerceria esse papel e qual controle se estabelece sobre os “vigilantes”? Qual o conteúdo do processo investigativo: ele está limitado a documentos oficiais ou o “órgão competente” pode diligenciar realizando, por exemplo, entrevistas com terceiros? O terreno é aqui, sem dúvida, vasto para a eventual ocorrência de abusos e arbitrariedades.

Enfim, as exigências do exame psicotécnico e de sindicância da vida pregressa e investigação social, salvo engano, revelam-se impertinentes e inapropriadas para o concurso público.

Quanto à quarta etapa

Consoante a redação do artigo 65, o conteúdo da prova oral versará sobre “conhecimento técnico acerca das matérias relacionadas à segunda etapa do concurso”. Aparentemente, com o adjetivo “técnico”, a proposta quis excluir da prova oral a argüição sobre o conhecimento de noções gerais de direito e formação humanística. Será que tal hipótese contribui para a interdisciplinaridade desejada para os futuros magistrados?

Além disso, como não há conteúdo programático específico para a segunda prova, deve-se assumir que todo e qualquer ponto do programa pode ser sorteado para a prova oral. Essa é, sem dúvida, a leitura que se deve extrair do artigo 65, § 1º, quando ele estipula que o sorteio será “válido para as matérias de todos os ramos do direito objeto da avaliação”.

Por outro lado, é importante consignar que a determinação de registro de áudio é extremamente salutar.

Quanto à quinta etapa

Embora o artigo 66, § 2º, mencione a existência de um “gabarito” no artigo subsequente, ele não é efetivamente oferecido, já que o artigo 67 apenas enuncia o que pode ser aceito como título e estabelece os limites físicos possíveis para fins de seu cômputo. Assim, são apresentados sete possíveis títulos:

Tabela VI
Sistematização da quinta etapa: prova de títulos

Títulos	Limite	Crítica
Publicação de obras de autoria individual, em meio impresso, de reconhecido valor científico para as ciências jurídicas, veiculadas em publicações especializadas dotadas de conselho editorial, de livro ou artigo jurídico.	Até o máximo de quatro publicações.	Porquanto a formação humanística é incentivada pela cobrança inserida na segunda etapa, porque limitar as publicações ao âmbito das ciências jurídicas?

Tabela VI
(Continuação)
Sistematização da quinta etapa: prova de títulos

Títulos	Limite	Crítica
Exercício de cargo ou função técnico-jurídica de bacharel em Direito, em órgãos do Executivo e Legislativo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, e do Poder Judiciário.	Até o máximo de quatro investiduras.	O que corresponde efetivamente ao título: o exercício do cargo ou a aprovação em concurso público para seu exercício? Porque não há exigência de lapso temporal como para o exercício do magistério?
Aprovação em concurso de provas para cargo de ensino jurídico superior, da judicatura, do Ministério Público, ou para outros cargos públicos privativos de bacharel em Direito.	Até o máximo de quatro concursos.	
Exercício de magistério superior jurídico, por um ano, no mínimo, em instituição de ensino superior pública ou reconhecida, ou em escolas de magistratura.	Sem limite de cômputo, mas com exigência temporal (um ano).	Porque a limitação às instituições públicas? E às escolas de magistratura? Instituições privadas de ensino são ontologicamente ruins? Quem é o árbitro do alcance da expressão “instituição (...) reconhecida”? O ensino em outras escolas judiciais não é computável?
Mestrado ou doutorado em ciências jurídicas.	Sem limite	Porquanto existe um sistema oficial de acreditação e validação dos títulos de pós-graduação é necessário que os cursos sejam reconhecidos pelo poder público e, na hipótese de diplomas estrangeiros, revalidados conforme exigência legal. Além disso, até mesmo em função da expansão disciplinar realizada na segunda etapa, seria importante estender o cômputo, pelo menos, às ciências humanas.

Tabela VI
(Continuação)
Sistematização da quinta etapa: prova de títulos

Títulos	Limite	Crítica
Participação em banca examinadora de concurso público para o provimento de cargo da magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública ou Defensoria Pública.	Sem limite	Se o exercício de magistério foi incluído nos demais itens, não há porque não computar como título a participação em banca examinadora em concurso público para provimento de cargo docente em instituição de ensino superior.
Exercício, no mínimo durante um ano, das atribuições de conciliador nos juizados especiais, ou na prestação de assistência jurídica voluntária.	Sem limite de cômputo, mas com exigência temporal (um ano)	

Quanto à sexta etapa

Inicialmente, quanto ao curso de formação como etapa do concurso, constata-se que a regulamentação proposta é a tradução detalhada do modelo construído pela Enfam em sua Resolução nº 1/2007, sem qualquer incorporação da experiência desenvolvida na Enamat. Nesse sentido, a proposta consiste em uma reafirmação do objeto contestado pela ADIn nº 4.122, ajuizada pelo Partido Social Cristão e distribuída em agosto de 2008, contestando justamente o modelo proposto.

A inclusão do curso como etapa do concurso é, no mínimo, bastante problemática. Com efeito, consoante o artigo 93, IV, da Constituição Federal, a oferta de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constitui **etapa obrigatória do processo de vitaliciamento**, sem que nada exija sua oferta em meio ao concurso para ingresso na carreira. Assim, sua inclusão no processo de ingresso representará verdadeira duplicação da referida exigência. Nesse sentido, é importante observar que os países que exigem tal etapa no processo de ingresso (por exemplo, Espanha, França e Portugal,) não formulam a mesma exigência par fins de vitaliciamento, uma vez que, ao cabo de um longo processo de seleção, os egressos do curso são considerados magistrados com todas as prerrogativas de sua função.

Naturalmente, outros problemas surgem e são precariamente resolvidos pela resolução. É esclarecido na proposta de resolução, por exemplo, que os candidatos receberão uma bolsa sobre a qual não incide imposto de renda, mas que sofre a incidência de contribuição previdenciária. Poder-se-ia assim considerar que o tempo do curso é considerado como tempo de serviço? Por outro lado, há inúmeras circunstâncias que não são enfrentadas pela resolução: *quid* das diferenças entre o candidato oriundo do serviço público e do candidato empregado ou autônomo? Como este último irá conseguir licença para frequentar o curso? O que fazer, ainda, das diferenças de condições entre: solteiros e casados; oriundos do interior e capital; arrimo de família e dependente da família; baixa renda e alta renda? Todas essas questões restam em aberto, uma vez que a proposta considera que o candidato não enfrentará qualquer problema de ordem prática para a realização do referido curso.

Resta, ainda, uma importante questão quanto ao processo avaliativo do curso, pois não resta claro o que com ele se pretende. Com efeito, é certo que o candidato deverá obter a média seis para ser aprovado no curso, mas o que estará sendo objeto da avaliação? Estar-se-á avaliando uma eventual

aptidão que não pode ser mensurada a partir da prática, já que o candidato não pode exercer atividade jurisdicional? Estar-se-á avaliando um conhecimento teórico, que, entretanto, já foi objeto de avaliação pelas demais etapas do concurso? Enfim, o curso como etapa do concurso apresenta consistentes problemas de implementação e de avaliação que não podem ser escamoteados pela simples obrigação de realização.

Quanto à reserva de vagas para portadores de deficiência

Consoante o disposto no artigo 76, § 1º, a deficiência não poderá ser incompatível com as atribuições do cargo de magistrado. Mas, o que são deficiências incompatíveis com o exercício da referida função? A jurisprudência dominante diz que a magistratura é incompatível com a cegueira (RE 100.001-DF, Relator Ministro Moreira Alves). Será? O regramento proposto, ao invés de enfrentar tal tipo de questão, estabelece uma zona cinzenta que não possibilita antever o domínio da incompatibilidade. É isso que realmente se deseja?